



UNIVERSITÁ DEGLI STUDI DI PALERMO
SCUOLA DI DOTTORATO IN DIRITTO SOVRANAZIONALE E DIRITTO
INTERNO

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO COMPARATO
AMBITO DISCIPLINARE IUS/04
XXIV CICLO

Gli aiuti di Stato e la crisi finanziaria
nel Diritto dell'Unione Europea

Tesi di Dottorato di:

Rosa Rizzo

Tutor:

Ch.mo Prof. Vincenzo Meli

Coordinatore:

Ch.mo Prof. Guido Smorto

*“Saper leggere il libro del mondo con parole cangianti
e nessuna scrittura”*

Khorakhanè, F. De Andrè

INDICE

Ringraziamenti.....	p. 5
---------------------	------

PARTE I

L'EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA SUGLI AIUTI DI STATO

CAPITOLO I

Gli Aiuti di Stato tra tutela della concorrenza e obiettivi dell'UE.

1. Il diritto dell'Unione Europea sugli Aiuti di Stato.....	p. 6
2. La nozione di “Aiuto” e il rapporto con le diverse concezioni di concorrenza.....	p. 13
3. Il campo di applicazione <i>ratione personae</i> . Le imprese.....	p. 23
4. (<i>Segue</i>) Il campo di applicazione <i>ratione materiae</i> e <i>ratione loci</i>	p. 30
5. L'intervento dello Stato.....	p. 32
6. (<i>Segue</i>) Il vantaggio “gratuito” e il criterio dell'investitore privato.....	p. 38
7. La selettività dell'Aiuto.....	p. 45
8. (<i>Segue</i>) La distorsione della concorrenza intracomunitaria e l'incidenza sugli scambi tra gli Stati membri. L'importanza dell'analisi economica.....	p. 53
9. Alcuni aspetti problematici.....	p. 62

CAPITOLO II

La riforma degli Aiuti di Stato e il nuovo approccio della Commissione.

1. Il *Balancing Test* e i *Principi Comuni* elaborati dalla
Commissione.....p. 73
2. (*Segue*) Alcuni esempi di approccio economico: gli aiuti alla banda
larga.....p. 77
3. Miglioramento e semplificazione delle procedure di notifica e di
controllo.....p. 79
4. (*Segue*) Cooperazione tra i servizi della Commissione e gli Stati
membri.....p. 83
5. Procedure decisionali e informazione.....p. 85

PARTE II

GLI AIUTI DI STATO E IL PUBLIC ENFORCEMENT

CAPITOLO I

L'esecuzione delle decisioni sugli aiuti illegali ed incompatibili e le deroghe al principio d'incompatibilità

1. I presupposti e le modalità per il recupero dell'aiuto.....p. 91
2. (*Segue*) Le misure adottate dall'ordinamento italiano in caso di
decisioni su aiuti illegali ed incompatibili.....p. 100
3. Conseguenze della mancata esecuzione della decisione di recupero
della Commissione.....p. 107
4. Deroche *de iure* e deroghe discrezionali.....p. 110

CAPITOLO II

Crisi finanziaria e aiuti alle banche in difficoltà. Il ruolo della

Commissione

1. L'affermazione per via giurisprudenziale dell'applicabilità delle norme comunitarie sulla concorrenza e sugli aiuti di Stato alle banche e agli istituti di credito.....p. 119
2. Da Lehman Brothers a Northern Rock: la ricerca di un *level playing field*.....p. 128
3. Gli aiuti di Stato tra regolamentazione orizzontale e crisi dei mercati: l'attuale legislazione di emergenza.....p. 134
4. “*So far so good?*” Uno sguardo ai piani di salvataggio bancari emanati dagli Stati.....p. 145
5. La Comunicazione della Commissione Europea del 1° agosto 2013. Il ritorno dell'interpretazione restrittiva della deroga di cui all'art. 107, par. 3, lett. b) TFUE.....p. 158

CAPITOLO III

Aiuti di Stato, procedure concorsuali e *golden shares*: i casi Alitalia e Volkswagen. Disciplina *antitrust* e limiti all'iniziativa economica privata.

1. Il caso Alitalia: contesto normativo, cause della crisi e soluzione.....p. 161
2. (*Segue*) Dal provvedimento dell'AGCM alla Corte costituzionale.....p. 168
3. La Legge Volkswagen: possibile giustificazione in nome di interessi generali.....p. 180
4. (*Segue*) Sentenza Volkswagen e sentenze *golden shares*.....p. 186

PARTE III
IL PRIVATE ENFORCEMENT IN MATERIA DI AIUTI DI
STATO

CAPITOLO I

Private enforcement in materia di aiuti di Stato: gli strumenti di
cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione.

1. Lo scopo della Comunicazione del 2009 e i poteri dei giudici nazionali in materia di recupero dell'aiuto illegale.....p. 192
2. Tutela giurisdizionale e *private enforcement*: la nuova strategia della Commissione.....p. 200
3. Il ruolo dei giudici nazionali nell'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato alle imprese.....p. 203
4. Le modalità di cooperazione tra Commissione e giudici: le informazioni e i pareri.....p. 208

CAPITOLO II

Rimedi azionabili dai privati contro il beneficiario di aiuti illegali e
risarcimento del danno: recenti sviluppi

1. La clausola di sospensione.....p. 213
2. I rimedi azionabili in presenza di un aiuto illegale. In particolare, il recupero integrale dell'aiuto.....p. 215
3. (*Segue*) L'orientamento più recente e il caso CELF I.....p. 219
4. (*Segue*) L'annullamento della decisione di compatibilità e il caso CELF II.....p. 224
5. Il risarcimento del danno e gli aiuti di Stato alle imprese.....p. 226
6. Le diverse azioni risarcitorie.....p. 230
7. I danni risarcibili.....p. 235

Riferimenti bibliografici.....p. 239

RINGRAZIAMENTI

Nel corso dei tre anni di dottorato ho avuto l'onore e il piacere di conoscere quelle persone che con il tempo sono diventate guide irrinunciabili nel mio cammino accademico e di vita.

Un primo personale ringraziamento vorrei rivolgerlo al mio Maestro, il Professore Vincenzo Meli, per essere stato sempre presente con i suoi preziosi e puntuali consigli.

Vorrei, inoltre, ringraziare le strutture che mi hanno consentito di approfondire lo studio della tematica degli aiuti di Stato nel contesto della profonda crisi finanziaria che, in questo periodo, sconvolge, affliggendo tutto il continente europeo. Mi riferisco, in particolare, al Dipartimento di Scienze giuridiche, della Società e dello Sport dell'Università degli Studi di Palermo, alla biblioteca "Francesco Saja" dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato italiana, presso la quale ho svolto un periodo di studio dei temi oggetto della mia tesi, e al *Max-Planck-Institute für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht* di Monaco di Baviera, dove ho trascorso un periodo di tre mesi come *visiting researcher* durante il 2013 e in cui ho avuto modo di approfondire ulteriormente la mia ricerca con riferimento all'ordinamento tedesco.

Vorrei, infine, ringraziare i Professori Guido Smorto, Eva Marina Bastian e Michele Perrino per il loro appoggio e per loro disponibilità.

PARTE I
L'EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA SUGLI AIUTI DI STATO

CAPITOLO I

Gli Aiuti di Stato tra tutela della concorrenza e obiettivi dell'UE.

1. Il diritto dell'UE sugli Aiuti di Stato.

Nell'ambito della disciplina della concorrenza, contenuta nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, la materia degli aiuti di Stato è quella che si caratterizza per le innegabili maggiori difficoltà di approccio. Ciò dipende, in particolare, dal confluire di interessi eterogenei (a volte confliggenti) di difficile contemperamento: interessi della Comunità, interessi dei singoli Stati, interessi dei consumatori e degli utenti, interessi delle imprese destinatarie degli aiuti e delle imprese concorrenti. Le difficoltà aumentano qualora si voglia mettere a confronto la disciplina dettata per gli aiuti di Stato dal TFUE agli artt. 107 ss. con le norme poste a tutela della concorrenza, alcune delle quali si rinvencono nello stesso Trattato agli artt. 101 ss., altre nella legge n. 287 del 1990 (legge *antitrust*) e con le normative previste da taluni Stati membri dell'UE relative allo stato di crisi delle imprese di “grandi dimensioni” e volte al loro salvataggio ovvero al loro rafforzamento.

Gli aiuti di Stato negli ultimi tempi hanno certamente assunto un ruolo centrale nell'ambito della più generale politica della concorrenza dell'Unione Europea. Infatti, da un'iniziale fase di scarsa incidenza dell'applicazione delle regole sugli aiuti di Stato, seguita da una fase di notevole attivismo in cui la tutela del mercato costituiva l'elemento principale dell'allora Comunità economica europea, si è più recentemente giunti ad un riequilibrio tra il perseguimento di obiettivi marcatamente ispirati al mercato e concorrenza, da un lato, e la salvaguardia di interessi a

carattere generale, dall'altro¹. Sin dal Trattato di Maastricht, l'Unione europea ha iniziato a valorizzare la dimensione sociale del mercato ponendo tra i suoi obiettivi anche valori come l'ambiente, la coesione sociale, l'occupazione e la ricerca, l'uguaglianza, la solidarietà, la salute. La salvaguardia di tali interessi è resa ancora più stringente con il Trattato di Amsterdam e poi con l'attuale Trattato di Lisbona che nel nuovo art. 3 TUE inserisce tra i suoi obiettivi quello di un'economia "sociale" di mercato.

Sotto tale profilo, una politica degli aiuti di Stato, se correttamente orientata, costituisce un indubbio strumento per la realizzazione di tali finalità senza per questo trascurare le esigenze del mercato². Ciò è, infatti, dimostrato dalla progressiva adozione di numerosi regolamenti di esenzione da parte della Commissione, sulla base dell'art. 109 TFUE e in applicazione delle deroghe previste dall'art. 107 TFUE a favore degli Aiuti di Stato finalizzati a promuovere l'occupazione, la formazione, l'innovazione ecc.³.

Tuttavia, occorre constatare che la quantità di aiuti illegali ed incompatibili erogati dagli Stati al di fuori delle regole del Trattato e dei regolamenti di esenzione rimane indubbiamente elevata, complice probabilmente la mancanza di deterrenti efficaci nei confronti degli Stati⁴, a cui si sommano le difficoltà per le stesse autorità pubbliche di rilevare in alcuni casi l'esistenza stessa degli aiuti. Inoltre, un ulteriore elemento distorsivo è dato dal fatto che gli aiuti illegali ed incompatibili, una volta accertati con decisione dalla Commissione, non sempre vengono o possono essere

¹ TOSATO, *L'evoluzione della disciplina sugli Aiuti di Stato*, in *La "modernizzazione" della disciplina sugli Aiuti di Stato*, Schepisi (a cura di), Giappichelli, Torino, 2011, p. 3 ss.

² SCHEPISI, *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di Stato secondo l'Action Plan della Commissione Europea: un primo bilancio*, in *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di Stato*, Schepisi (a cura di), Torino, Giappichelli, 2011, p. 18.

³ CUSA, *Aiuti di Stato, polimorfismo imprenditoriale e principi costituzionali*, IV Convegno Annuale dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Commerciale, Roma Tre, 22-23 febbraio 2013.

⁴ NICOLAIDES, *Control of State aid in the European Union*, in *Word Competition*, 2008, p. 249 ss.

recuperati anche tenuto conto dell'estrema difficoltà nell'individuazione dei beneficiari dell'aiuto.

A tal fine, si rendono necessarie alcune preliminari precisazioni. Uno Stato membro dell'Unione europea, se interviene nell'economia "favorendo talune imprese o talune produzioni" viola il TFUE qualora tali favori "falsino o minaccino di falsare la concorrenza" (art. 107, par. 1, TFUE)⁵. Tale disposizione, come emerge chiaramente, tutela la concorrenza intracomunitaria⁶. Lo stesso bene giuridico è tutelato dagli artt. 101 e 102 TFUE e dal regolamento n. 139/2004 del 20 gennaio 2004 (relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese).

In effetti, sono vietati un'intesa tra imprese, uno sfruttamento (da parte di una o più imprese) di una posizione dominante, una concentrazione tra imprese e una concessione di risorse pubbliche per favorire talune imprese, nella misura in cui tali atti o fatti falsino o minaccino di falsare la concorrenza all'interno del mercato comunitario o in una parte rilevante di questo⁷.

Tale divieto opera non solo se il bene giuridico tutelato viene effettivamente leso e, quindi, la concorrenza sia realmente falsata, ma anche qualora lo stesso bene possa essere ragionevolmente leso in virtù dell'idoneità dell'atto o del fatto a lederlo, ovvero quando la concorrenza

⁵ Si segnala che nei prossimi mesi verrà riformata l'attuale disciplina attuativa degli artt. 107 – 109 TFUE, come anticipato dalla Commissione nella sua Comunicazione del 8 maggio 2012, denominata *Modernizzazione degli Aiuti di Stato dell'Unione Europea*. Tra gli elementi che contraddistinguono tale riforma vi sarà quello (indicato al punto 12 del documento) di ritenere compatibili con i diritto dell'Unione europea sono gli aiuti di Stato che stimolino i relativi beneficiari ad intraprendere attività che altrimenti non avrebbero svolto e che siano stati concepiti in modo da limitare al massimo le distorsioni della concorrenza. Per un primo commento cfr. LUJA, *Does the modernisation of State Aid Control Put Legal Certainty and Simplicity at Risk*, in *European State Aid Law Quarterly*, 4/2012, p. 765ss.

⁶ Come precisa autorevole dottrina (LIBERTINI, voce "Concorrenza", in *Enc. Dir. Annali III*, Milano, 2011, p.222, nt. 116), se non vi è dubbio che il bene sopra evocato è giuridico, nondimeno il contenuto dello stesso va ricostruito partendo dalle possibili diverse concezioni economiche della concorrenza, inteso come bene collettivo meritevole di tutela.

⁷ Il Regolamento (CE) 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002 indica come obiettivo comune degli artt. 101 e 102 TFUE quello di "proteggere la concorrenza sul mercato".

sia potenzialmente falsata⁸. Inoltre, si ricorda che la lesione (ovvero la minaccia della lesione) della concorrenza, al fine di essere rilevante per l'Unione Europea, deve essere significativa.

A questo punto, appare inevitabile un interrogativo: il diritto dell'Unione Europea quale tipo di concorrenza protegge?

Certamente non una concorrenza statica, bensì una concorrenza dinamica ed effettiva ovvero “un processo dinamico virtuoso orientato dalle libere scelte dei consumatori”⁹, virtuoso in quanto finalizzato ad offrire “miglioramenti dell'offerta rivolta dalle imprese ai consumatori, i quali devono essere in grado di esprimere una consapevole libertà di scelta”¹⁰.

Questo modo di intendere la nozione comunitaria di concorrenza trova conferma nell'art. 101, par. 3, TFUE nella parte in cui stabilisce che non v'è lesione del bene giuridico in commento, quando l'accordo, la decisione o la pratica tra imprese contribuisca “a migliorare la produzione o la distribuzione dei prodotti o a promuovere il progresso tecnico o economico, pur riservando ai consumatori una congrua parte degli utili che ne deriva, ed evitando di a) imporre alle imprese interessate restrizioni che non siano indispensabili per raggiungere tali obiettivi; b) dare a tali imprese la possibilità di eliminare la concorrenza per una parte sostanziale dei prodotti di cui trattasi”¹¹, nella normativa comunitaria in materia di pratiche commerciali scorrette e di pubblicità ingannevole e comparativa e nella

⁸ Questa ipotesi è espressamente prevista dall'art. 107, par.1, TFUE per gli Aiuti di Stato e dalla giurisprudenza comunitaria per le intese tra imprese allorché si ritiene sufficiente per integrare l'art. 101, par.1, TFUE che l'intesa abbia per oggetto di ledere la concorrenza, senza che sia necessario dimostrare anche che l'abbia poi effettivamente falsata (sul punto cfr., fra gli altri, FATTORI - TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2010, p. 87 ss).

⁹ LIBERTINI, *op. cit.*, p. 244.

¹⁰ LIBERTINI, evidenzia (voce “Concorrenza”, cit. ,p. 242) come la ricostruzione del bene giuridico riportata nel testo sia tributaria della concezione economica di concorrenza conosciuta come *Leistungswettbewerb*. Tuttavia, non va dimenticato che accanto a accanto al perseguimento di un *consumer welfare* la concorrenza intracomunitaria è altresì orientata ancora alla realizzazione di un mercato unico.

¹¹ Questa norma sembrerebbe costituire la *rule of reason* del diritto *antitrust* comunitario, applicabile, pertanto, anche alle altre fattispecie rilevanti per il diritto comunitario.

disciplina comunitaria della proprietà intellettuale. Nella stessa direzione può essere letta l'opinione recentemente espressa dalla Commissione europea in materia di Aiuti di Stato¹².

Orbene, il bene giuridico concorrenza, ricostruito in questi termini, è impermeabile agli altri beni tutelati dall'ordinamento giuridico nel quale si applica, con la conseguenza che eventuali altri interessi o beni giuridici diversi da quello in commento possono limitarlo dall'esterno, attraverso deroghe alla disciplina comune che protegge la concorrenza, ma non possono concorrere a determinarne il contenuto¹³. In altri termini, un atto un fatto lesivo del bene concorrenza potrà non essere illecito, nella misura in cui una norma di legge espressa consenta la predetta deroga. Tuttavia, tali deroghe, se previste da leggi nazionali, non potranno impedire l'applicazione del diritto dell'Unione europea sulla concorrenza, in ragione

¹² BACON, nella sua più recente opera - *European Community Law of State Aid*, Oxford, 2009, p.12 - ha, infatti, interpretato in questi termini un passo del documento della suddetta istituzione europea del 7 giugno 2005, denominato "*Piano di azione nel settore degli aiuti di Stato. Aiuti di Stato meno numerosi e più mirati: itinerario di riforma degli aiuti di Stato 2005-2009*": "alla base della concorrenza vi è l'idea che l'economia di mercato offre la garanzia migliore per accrescere il tenore di vita dei cittadini dell'Unione, uno dei principali obiettivi del Trattato UE. Il regolare funzionamento dei mercati è condizione essenziale per fornire ai consumatori i prodotti che desiderano, a prezzi contenuti. La concorrenza è inoltre indispensabile per accrescere la competitività dell'economia europea, in quanto consente di creare un contesto in cui le imprese efficienti e innovative vengano debitamente ricompensate".

¹³ In questi termini si esprime, chiaramente, il seguente passo tratto dal paragrafo 8.2 della sentenza n. 270 della Corte Costituzionale, depositata il 222 luglio 2010: "la giurisprudenza di questa Corte ha affrontato solo indirettamente il rapporto tra concorrenza e regolazione generale e il profilo dell'equilibrio tra l'esigenza di apertura del mercato e di garanzia dell'assetto concorrenziale rispetto alle condotte degli attori del mercato stesso, cioè imprese e consumatori, da una parte e, dall'altra, la tutela di interessi diversi, di rango costituzionale, individuati nell'art. 41 Cost., secondo e terzo comma, che possono venire in rilievo e la tutela dei quali richiede un bilanciamento con la concorrenza. Eppure, è chiaro che il parametro costituzionale in esame, stabilendo che l'iniziativa economica privata non può svolgersi in contrasto con "l'utilità sociale" ed in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana, e prevedendo che l'attività economica pubblica e privata può essere indirizzata e coordinata a "fini sociali", consente una regolazione strumentale a garantire la tutela anche di interessi diversi rispetto a quelli correlati all'assetto concorrenziale del mercato garantito. Beninteso, la dovuta coerenza con l'ordinamento comunitario comporta il carattere derogatorio e per ciò stesso eccezionale di questa regolazione. In altri termini, occorre che siffatto intervento del legislatore costituisca la sola misura in grado di garantire al giusto la tutela di quegli interessi".

delle preminenza di questo diritto su quello nazionale. Pertanto, in materia di aiuti di Stato, una norma contenuta in una legge nazionale di uno Stato membro non può derogare all'art. 107, par. 1, TFUE, mentre il diritto UE può derogare a sé stesso o restringendo il campo di applicazione dell'art. 107, par. 1, TFUE, con gli altri artt. 106, par. 2, 107, par. 2, e 3, 108 e 109 TFUE o impedendone l'applicazione con gli artt. 42, par. 1, 73 e 346, par. 1, lett. B) TFUE.

E' opportuno precisare, tuttavia, che il fatto di individuare nella tutela della concorrenza un principio generale del diritto UE e del diritto italiano non significa che rappresenti anche un valore autonomo nei corrispondenti ordinamenti. Ed, infatti, tale tutela, a Bruxelles come a Roma, deve rimanere un mezzo, seppur necessario, volto a salvaguardare i fini dell'unione europea e della Repubblica Italiana¹⁴.

Questa precisazione trova un riscontro comunitario nell'art. 3, par. 3 TFUE, il quale indica la tutela della concorrenza non già come obiettivo autonomo dell'Unione, bensì come strumento necessario per realizzare i seguenti obiettivi economici: “lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente”¹⁵.

In realtà, il fatto che il diritto della concorrenza concorra a realizzare gli obiettivi costitutivi dell'Unione europea non legittima però l'autorità competente ad applicare tale diritto a non intervenire o ad adattare la sua

¹⁴ HEIDENHAIN, *General Principles*, in *European State Aid Law*, Munchen, 2010, p. 21. Dello stesso avviso anche GHIDINI, *La prospettiva costituzionale della tutela della concorrenza*, in *Giur. Comm.*, 2012, I, p. 462 ss.

¹⁵ I suddetti obiettivi sono stati da ultimo declinati dalla Commissione con la sua Comunicazione del 3 marzo 2010 - *Europa 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva* – approvata dai capi di Stato e di governo dei Paesi dell'Unione Europea nel giugno 2010. Tale documento contiene gli obiettivi da realizzare entro il 2020, al fine di consentire all'Europa di superare la crisi finanziaria e rilanciare l'economia.

azione sanzionatoria, qualora il comportamento anticoncorrenziale perseguisse uno dei predetti obiettivi costitutivi. In effetti, la Commissione europea, a livello comunitario, e l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, a livello nazionale, sono state costrette a tutelare il bene concorrenza sopra ricostruito.

Gli obiettivi costitutivi dell'Unione europea possono, tuttavia, diventare un limite esterno all'anzidetto bene se sono perseguiti mediante atti normativi dell'Unione o degli Stati membri. In tal caso la concorrenza verrebbe senz'altro pregiudicata. In particolare, non sanzionandosi amministrativamente l'atto o il fatto lesivo della concorrenza, quando il mezzo rischi di diventare fine obliterando illegittimamente il necessario carattere "sociale" della politica economica comunitaria¹⁶.

I limiti esterni al bene "concorrenza" possono derivare da atti comunitari o da atti degli Stati membri: nel primo caso gli atti saranno adottati nel rispetto dell'ordinamento comunitario, mentre nel secondo caso gli atti saranno adottati nel rispetto degli artt. 106-109 TFUE.

Inoltre, occorre precisare che l'atto normativo nazionale potrebbe ledere non già la concorrenza intracomunitaria, bensì la sola concorrenza internazionale (cioè quella interpretata sì secondo il diritto comunitario, ossia come processo dinamico virtuoso orientato dalle libere scelte dei consumatori, ma potenzialmente lesiva del mercato nazionale o regionale, sempre che tale mercato non costituisca una parte sostanziale del mercato comunitario. In tal caso l'atto normativo sarà legittimo per l'ordinamento italiano nella misura in cui sia statale (argomentando dall'art. 117, comma 2, lettera e), Cost)¹⁷ e sia finalizzato ad evitare un contrasto con l'utilità sociale" o "un danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana" (art. 41

¹⁶ CUSA, *Op. Cit.*, p. 7.

¹⁷ CORSO, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa delle regioni e dello Stato*, in *Diritto Pubblico*, 3/2002, p. 981 ss.

Cost.) o comunque pregiudichi gli obiettivi fondamentali del nostro Stato rappresentati dai principi fondamentali della nostra Costituzione.

Su questa linea, attenta dottrina ritiene (correttamente) che sarebbe necessario orientare la politica degli aiuti di Stato verso un'ottica comparativa, in particolare, attraverso un puntuale confronto con le decisioni del WTO ormai sempre più influenti nell'economia e nel commercio mondiale. Ciò proprio al fine di rispettare l'autentica funzione di un aiuto concesso dallo Stato ed evitare, pertanto, che questo diventi esclusivamente uno strumento pretestuoso volto a legittimare politiche insane ovvero di "favore" predisposte dagli Stati dell'UE¹⁸.

2. La nozione di "Aiuto" e il rapporto tra le diverse concezioni di concorrenza.

Ricostruita la cornice entro la quale si colloca la disciplina comunitaria degli aiuti di Stato, è possibile individuare i singoli presupposti che compongono la fattispecie "aiuto di Stato". E' necessario chiarire sin da subito che tale nozione presenta un contenuto indeterminato¹⁹, ma determinabile naturalmente sulla base di disposizioni contenute in fonti formali, trattandosi di una fattispecie di natura legale²⁰.

L'art. 107, par.1, TFUE stabilisce: *"sono incompatibili con il mercato comune, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza"*. La disposizione appare volutamente

¹⁸ RUBINI, *The Definition of Subsidy and State Aid, WTO and EC Law in Comparative Prospective*, Oxford, 2011, p. 100 ss.

¹⁹ L'attuale indeterminatezza della fattispecie in parola dovrebbe essere prossimamente ridotta dalla Commissione, la quale, nella sua Comunicazione denominata *"Modernizzazione degli aiuti di Stato dell'Unione Europea"*, Op. Cit., si è impegnata a fornire "ulteriori chiarimenti in merito agli aspetti fondamentali relativi al concetto di aiuto onde contribuire ad un'applicazione più agevole" dell'art. 107 TFUE.

²⁰ LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2011, p. 345.

generica così da favorire la più ampia applicazione del divieto ivi contenuto. L'inciso "sotto qualsiasi forma" consente di ricomprendere le più varie modalità attraverso le quali lo Stato può concedere un "aiuto" ai sensi dell'art. 107 TFUE, non limitando, quindi, il divieto alla sola ipotesi di sovvenzione diretta. In tal senso si è espressa la Corte di giustizia sin dalle sue prime pronunce, precisando che: *"il concetto di aiuto è (...) più comprensivo di quello di sovvenzione dato che esso vale a designare non soltanto delle prestazioni positive del genere delle sovvenzioni stesse, ma anche degli interventi i quali, in varie forme, alleviano gli oneri che normalmente gravano sul bilancio di un'impresa e che di conseguenza, senza essere sovvenzioni in senso stretto, ne hanno la stessa natura e producono identici effetti"*²¹. In analogia ai divieti prescritti dall'art. 101, par. 1, TFUE e dall'art. 102 TFUE, la Commissione e le Corti comunitarie hanno ritenuto che, anche in relazione al divieto contenuto nell'art. 107 TFUE, ciò che rileva in concreto sia l'effetto della misura piuttosto che la sua forma, lo scopo o la consapevolezza dello Stato erogatore dell'aiuto o del beneficiario dello stesso²².

Il criterio degli effetti è stato contestato in più occasioni dagli Stati membri, in quanto fa rientrare nel campo di applicazione del divieto dell'art. 107 TFUE anche misure volte a perseguire interessi generali o anche atte a compensare oneri preesistenti, posti a carico di imprese nazionali, più gravosi rispetto a quelli che in altri Stati membri attengono ad imprese operanti in analoghi settori.

Al riguardo la Corte di giustizia ha affermato che la circostanza che la misura sia oggetto della politica di competenza degli Stati membri, ad

²¹ Sentenza della Corte del 23 febbraio 1961, causa 30/59, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg c. Alta Autorità della Ceca*, in *Racc.*, 1961, p. 3. La Corte ha richiamato tale conclusione nella sentenza del 15 marzo 1994, causa C-387/92, *Banco Exterior de Espana SA c. Ayuntamiento de Valencia*, in *Racc.*, 1997, I-877, punto 13.

²² EBNER - GAMBARO, *La nozione di Aiuto di Stato*, in *Concorrenza e Aiuti di Stato-un osservatorio sulla prassi comunitaria*, Santa Maria (a cura di), Giappichelli, Torino, 2006, p. 18 ss.

esempio sociale o previdenziale, ovvero che sia stata posta in essere al fine di raggiungere un particolare obiettivo economico – sociale, non la sottrae alla qualificazione di aiuto ed allo scrutinio in forza delle norme comunitarie²³. Alle medesime conclusioni la Corte è giunta con riferimento alle misure finalizzate a compensare oneri più gravosi per le imprese nazionali²⁴.

Il paragrafo 1 dell'art. 107 TFUE contiene un elenco di presupposti che, secondo una costante giurisprudenza, *devono essere tutti sussistenti* perché si realizzi la fattispecie “aiuto di Stato”²⁵: a) deve trattarsi di un intervento imputabile allo Stato o effettuato mediante risorse statali; inoltre b) tale intervento deve attribuire un “vantaggio gratuito” al beneficiario, deve avere carattere “selettivo”, volto cioè a favorire soltanto determinate imprese o determinati settori economici; c) ancora, deve avere un impatto sugli scambi tra gli Stati membri; d) e infine distorcere la concorrenza nel mercato comune.

Ciò non di meno, secondo l'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer, in tre ipotesi, pur in presenza di tutti gli annunciati requisiti, l'intervento dello Stato non costituisce un aiuto propriamente detto, e cioè: a) quando lo Stato come un operatore commerciale privato; b) se lo Stato faccia fronte ad obblighi di natura privatistica, come quelli di risarcire danni o di restituire

²³ Tra le altre, le sentenze della Corte di giustizia del 27 marzo 1980, causa 61/79, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Denavit italiana*, in *Racc.*, 1980, 1205, punto 31; del 29 aprile 1999, causa C-342/96, *Regno di Spagna c. Commissione*, in *Racc.*, 1999, I-2459, punti 21 ss. e del 7 marzo 2022, causa C-310/99, *Repubblica italiana c. Commissione*, in *Racc.*, 2002, I-2289, punto 51.

²⁴ Sul punto v. la sentenza della Corte di giustizia del 22 marzo 1977, causa 78/76, *Steinike & Weinling*, in *Racc.*, 1977, 595, punto 24, ove è sancito il principio per il quale “*più distorsioni della concorrenza non hanno sugli scambi tra gli Stati membri l'effetto di neutralizzarsi reciprocamente, ma anzi si cumulano tra loro, il che ne aumenta le conseguenze pregiudizievoli per il mercato comune*”.

²⁵ Si vedano, in tal senso, le sentenze della Corte di giustizia del 21 marzo 1990, causa C-142/87, *Regno del Belgio c. Commissione*, detta “*Tubemeuse*”, in *Racc.*, 1990, I-959, punto 25; del 14 settembre 1994, cause riunite da C-278/92 a C-280/92, *Regno di Spagna c. Commissione*, in *Racc.*, 1994, I-4103, punto 20; del 6 maggio 2002, causa C-482/99, *Repubblica francese c. Commissione*, in *Racc.*, I-4397, punto 68; del 24 luglio 2003, causa C-280/00, *Altmark Trans GmbH Regierungsprasidium e Magdeburg c. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, in *Racc.*, 2003, I-7747, punti 74 e 75.

un indebito; c) allorché la misura eccezionale si iscriva nel contesto di un regime generale – tributario o di previdenza sociale, ad esempio – e sia giustificata dalla natura o dalla struttura del sistema.

Si rammenta, sul punto, che, in presenza delle stringenti condizioni contenute nella sentenza *Altmark*, non costituiscono aiuti di Stato ai sensi dell'art. 107, par. 1, TFUE, le misure economiche a vantaggio di talune imprese costituenti il corrispettivo delle prestazioni effettuate da tali imprese beneficiarie per adempire ad obblighi di servizio pubblico²⁶.

Prima di passare alla trattazione dei singoli presupposti della misura statale si ritiene necessario chiarire quale sia la concorrenza che viene tutelata mediante il divieto di aiuti di Stato. Infatti, le norme del Trattato parlano di alterazione della concorrenza e di incidenza sugli scambi tra gli Stati membri, senza però precisare quale sia la nozione di concorrenza che questi divieti intendono tutelare.

Una prima concezione di concorrenza ruota attorno all'idea che essa è fattore di libertà²⁷. Strumento, cioè, in grado di assicurare la libertà di ciascuno di entrare nel mercato senza essere in ciò ostacolato da altri e di esercitarvi la propria attività senza subire condizionamenti da altri. In questa concezione coesistono approcci molto diversi che in ogni caso, pur con sensibilità differenti, muovono dalla centralità dell'individuo per approdare ad un modello strutturale di mercato: la centralità dell'individuo conduce a proclamare la libertà individuale e l'uguaglianza formale ed a rifiutare che chiunque possa decidere alcunché senza il consenso di chi ne risentirebbe gli effetti; il modello, potremmo dire democratico, di struttura di mercato conduce ad immaginare un numero sufficientemente ampio di operatori²⁸ ed un rilievo talmente limitato dell'offerta o della domanda,

²⁶ Corte di giustizia, 24 luglio 2003, causa C-280/00, *Altmark*, *Cit.*, punti 89-93.

²⁷ PACE, *Iniziativa privata e governo pubblico dell'economia*, in *Scritti in onore di Egidio Tosato*, vol. II, Milano Giuffrè, 1982, p. 40 ss.

²⁸ In realtà, a comporre un assetto concorrenziale non è tanto l'elevato numero di imprese quanto piuttosto l'assenza di barriere ad entrare nel mercato, cosicché la posizione delle

espressa da ciascuno di essi, da generare una formazione spontanea delle curve di prezzo, senza che nessun venditore o acquirente possa condizionarle.

In Italia, la concezione della concorrenza in termini di libertà è stata particolarmente sottolineata, perché è servita a trovarle una copertura costituzionale collegandola all'art. 41, comma 1, Cost., quale aspetto della libertà di iniziativa economica, nel senso che, in rapporto all'iniziativa economica degli altri, quella del singolo si presenterebbe come libertà di concorrenza²⁹.

Tuttavia, se si accetta che il riconoscimento della concorrenza sta nel primo comma dell'art. 41, è inevitabile trovare direttamente in tale riconoscimento la legittimazione a vietare i comportamenti anticoncorrenziali, ma è anche necessario riconoscere che l'utilità sociale e "la libertà e dignità umana", di cui parla il comma successivo, si riferiscono a utilità diverse da quelle assicurate dalla concorrenza ed a libertà differenti da quella di concorrere.

A tale proposito, è necessario, inoltre, notare che la concorrenza come libertà è ben diversa dalle altre libertà³⁰: basti considerare che, mentre per la

imprese che vi operano sia in qualsiasi momento facilmente contendibile. In altri termini, ciò che più conta non è il livello di concentrazione del mercato, quanto piuttosto il grado di concorrenza potenziale. Infatti, in un mercato privo di qualsiasi barriera all'ingresso, l'unica o le poche imprese che vi operano sono costrette a scegliere, sulla curva della domanda, un prezzo che corrisponda al costo marginale che avrebbe l'impresa più efficiente che decidesse di entrare sul mercato: cioè sono costrette ad immaginare il prezzo che si formerebbe in un mercato concorrenziale, ed a scegliere di offrire il prodotto a quel prezzo (LUNGHINI – MORI, *Per una politica economica della concorrenza*, in *La concorrenza tra economia e diritto*, a cura di Lipari – Musso, Bari, Laterza, 2000, p. 203 ss.).

²⁹ Così, DONATIVI, *Concorrenza e mercato nel prisma dell'ordinamento giuridico. Appunti per una ricostruzione storica*, in *Rivista di diritto industriale*, 1992, p. 335. In senso contrario, OPPO, *L'iniziativa economica*, in AA. VV., *La Costituzione economica a quarant'anni dall'approvazione della Carta fondamentale*, Milano Giuffrè, 1990, p. 66; IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, Laterza, 1998, p. 94.

³⁰ Ed è proprio questa diversità che spiega il "dilemma" in cui DENOZZA (*Forme di mercato e tutela della concorrenza*, in *La concorrenza tra economia e diritto*, a cura di N. LIPARI – I. MUSSO, Laterza, 2000, p. 217) vede costretta la concorrenza che "mentre il suo scopo dichiarato è quello di impedire la formazione di poteri economici in grado di impedire l'altrui libertà di iniziativa economica, lo strumento utilizzato a questo fine è

generalità delle libertà ad essere tutelata è anche la possibilità di continuare ad esercitarle, in questo caso non è tutelato l'interesse del relativo titolare a non perdere la possibilità di continuare ad esercitarla, cioè a non essere espulso dal mercato una volta che ci sia entrato. Ciò dipende dalla caratteristica della concorrenza di essere in realtà competizione³¹, per cui è fisiologico che la possibilità di esercitare la relativa libertà perduta soltanto a condizione che chi intenda avvalersene riesca a produrre costi non superiori al prezzo di mercato che, sua volta, è in ogni caso la risultante della performance degli altri concorrenti. In altri termini, è fisiologico che in una competizione vincitori e perdenti. Infine, i peculiari caratteri della libertà di concorrere, che valgono a distinguerla dalle altre libertà, stanno proprio nell'impossibilità di concepirla in chiave puramente individuale e nella necessità di vedervi una componente strutturale del mercato. In mancanza di questa operazione di trasposizione si rischia di pervenire a risultati che possono essere abbastanza paradossali³².

Secondo un altro modo di concepire la concorrenza, essa viene tutelata perché è in grado di assicurare il benessere collettivo mediante una efficiente allocazione delle risorse. Infatti, un assetto concorrenziale determina “il trasferimento delle risorse produttive tra i diversi settori dell'attività economica a seconda dei rendimenti espressi dai prezzi di mercato; questo trasferimento delle risorse dai settori dove il rendimento di

inevitabilmente costituito da divieti che reprimono determinate modalità di esercizio di questa libertà”.

³¹ PAPPALARDO, *Il diritto della concorrenza*, Utet, Torino, 2007, p. 8 ss.

³² E' significativa, al riguardo, una risalente sentenza della Corte costituzionale (16 dicembre 1982, n. 223, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1982, I, p. 2246 ss.) che, a proposito dei patti limitativi della concorrenza, si fermò a considerare la libertà di concorrere alla stregua delle altre libertà e su tale base concluse che l'interessato può disporre contrattualmente di essa impegnandosi a non esercitarla. Veniva così tralasciato l'ulteriore profilo che questa libertà presenta, accanto alla sua dimensione individuale relativa al soggetto che ne è titolare e che potrebbe decidere di non esercitarla: un profilo che trascende il singolo e che concorre ad atteggiare in senso concorrenziale il mercato. Cosicché il patto limitativo della concorrenza può generare un mercato non concorrenziale mediante il rafforzamento dei soggetti in favore dei quali è stipulato e, in conseguenza di ciò, può giungere a compromettere la libertà dei soggetti terzi che all'accordo non hanno preso parte.

mercato è più basso a quello dove è più alto ha come conseguenza di fare continuamente tendere i prezzi di mercato verso i loro valori naturali determinati dai costi minimi di produzione, comprensivi di un tasso uniforme di profitto sul capitale”³³: l’esito ultimo è che i compratori finiscono per pagare i prezzi più bassi, uguali ai costi marginali di produzione. Così concepita la concorrenza non appare più un valore in sé, quanto piuttosto un mero mezzo per poter realizzare il valore del benessere collettivo.

A questo punto, si rendono necessarie alcune puntualizzazioni. L’idea della concorrenza come libertà individuale, per quanto possa confluire nella concezione strutturale che vi vede un modo d’essere del mercato, è destinata a contrapporsi alle altre concezioni. Conferma di questa originaria autenticità si ha, del resto, dal rinvenire nel primo comma dell’art. 41 il fondamento costituzionale della concorrenza come libertà e nel comma successivo quello delle altre concezioni di concorrenza. Viceversa le altre due concezioni di concorrenza sopra esposte, non sono necessariamente antitetiche e possono essere viste in un rapporto, tra loro, di complementarità³⁴: si tratta, infatti, di due concezioni che possono integrarsi perché l’una coglie il profilo strutturale mentre l’altra sottolinea il profilo funzionale. Secondo la prima, l’assetto democratico del mercato impedisce ad ogni operatore di influenzare le quantità complessive di merci scambiate ed i prezzi con cui sono scambiate, mentre in base alla seconda concezione un condizionamento del genere non dovrebbero esercitarlo, oltre alle singole imprese, neppure altri, perché prezzi di scambio e quantità scambiate devono essere esclusivamente la risultante della mano invisibile

³³ MUSSU, *Op. Cit.*, p. 8.

³⁴ Queste due concezioni sono, invece, contrapposte l’una all’altra da Niro R., *Profili costituzionali della disciplina antitrust*, Padova, Cedam, 1994, p. 22ss., che considera più coerente con il disegno costituzionale la prima delle due concezioni, quella cioè che vede nella difesa della concorrenza la “lotta ai poteri privati in vista della tutela della libertà individuale. Viceversa per DENOZZA, *Forme di mercato e tutela della concorrenza*, in *La concorrenza tra economia e diritto*, Lipari – Musso (a cura di), Laterza, 2000, p. 223.

del mercato. L'una concezione può essere concepita come parte dell'altra, nel senso che la concorrenza come struttura del mercato è qualcosa di meno dell'efficienza allocativa: con la prima non è detto che si abbia anche la seconda, ma senza quella certamente non si può avere neppure questa. Bisogna semmai notare che le misure coerenti con la prima delle due nozioni, quella strutturale, possono essere in realtà idonee ad assicurare anch'esse un'efficiente allocazione delle risorse allorché servono a regolare i comportamenti delle imprese, dal momento che generalmente le imprese riescono a neutralizzare, a loro favore, la mano invisibile del mercato proprio alterandone l'assetto democratico³⁵.

Da quanto sin qui esposto si evince subito che l'idea di concorrenza non è indifferente per la questione degli aiuti di Stato. Rileva, innanzitutto, per valutare se e quando gli aiuti sono compatibili con il divieto, stabilito dal Trattato, di alterare la concorrenza, poiché questa compatibilità potrà o meno ricorrere a seconda della concezione di concorrenza da cui si muove. Ciò vale certamente per la concezione della concorrenza come libertà che, ponendosi in antitesi alle altre nozioni, non può che generare, rispetto a queste, soluzioni differenti al problema in esame; ma ciò vale anche per le altre due concezioni di concorrenza, che, nonostante la loro complementarietà, conducono anch'esse ad esiti differenti.

Nel caso della concezione strutturale della concorrenziale, le misure di ausilio pubblico alle imprese per essere compatibili con il Trattato non dovrebbero comunque sortire l'effetto di rafforzare la posizione di alcune imprese rispetto ad altre, con l'esito di compromettere le caratteristiche democratiche del mercato. In particolare, poiché questa idea di concorrenza evoca una condizione di sostanziale parità tra le imprese senza che nessuna si trovi in una situazione di potere, diventano compatibili quegli aiuti che non alterino tale parità tra le imprese senza che nessuna si trovi in una

³⁵ OSTI, *Di alcuni problemi degli aiuti di Stato*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2006, p. 441.

situazione di potere, diventano compatibili quegli aiuti che non alterino tale parità o che addirittura abbiano proprio la finalità di promuovere l'accesso al mercato di nuove imprese in modo da conferirgli un assetto pluralistico o quanto meno da rendere contendibile la posizione delle eventuali poche imprese che già vi operino³⁶.

Possono essere molti i tipi di aiuti che, pur destinati direttamente o indirettamente alle imprese, servono a favorire e sviluppare la concorrenza o che non hanno l'effetto di alterare la struttura concorrenziale del mercato. La prima di queste caratteristiche possono averla quegli aiuti che, in presenza di una asfittica concorrenza o di completa mancanza di concorrenza, favoriscono l'ingresso sul mercato di nuove imprese in modo da sradicare posizioni monopolistiche o dominanti delle imprese che vi operano. La seconda caratteristica, quella di non alterare la struttura concorrenziale del mercato, potrebbe ricorrere nel caso in cui a beneficiare degli aiuti siano imprese economicamente marginali, per le quali quindi l'aiuto non serve a rafforzare la loro posizione sul mercato, ma semmai che siano da questo espulse. Oppure si può immaginare l'ipotesi di aiuti destinati a compensare le imprese aggravate da eventuali maggiori oneri, rispetto alle altre imprese, che esse siano costrette a sopportare per i motivi più diversi³⁷. In ogni caso andrebbe certamente escluso che la concorrenza sia compromessa allorché gli oneri, destinati ad essere compensati dagli aiuti, siano imposti alle imprese dallo stesso Stato. Ciò amplierebbe notevolmente le ipotesi di aiuti compatibili, tenuto conto che questi, nel perseguire le più diverse finalità di interesse pubblico, lo fanno generalmente inducendo le imprese beneficiarie a scelte che altrimenti non avrebbero effettuato ed a sopportare costi ai quali si sarebbero altrimenti sottratte.

³⁶ BRANCASI, *La tutela della concorrenza mediante il divieto di aiuti di Stato*, *Diritto pubblico*, 2010, p. 220.

³⁷ OSTI, *Op. Cit.*, p. 445.

Inoltre, dalla concezione strutturale sarebbe avvalorata quell'interpretazione dell'art. 107, par. 2, secondo cui gli aiuti elencati dalla norma sono da questa dichiarati *ipso iure* compatibili per il fatto che lo stesso Trattato ha accertato direttamente, ed una volta per tutte, che non sono suscettibili di alterare la concorrenza³⁸.

Una tipologia di aiuti ben più ampia risulterebbe compatibile muovendo dalla concezione della concorrenza come libertà. In questo caso si potrebbe giungere ad ammettere anche misure che abbaino l'effetto di creare posizioni di potere sul mercato a favore delle imprese che ne beneficiano³⁹.

Diametralmente opposte sono le conseguenze della concezioni della concorrenza come allocazione efficiente delle risorse⁴⁰. In questo caso non è sufficiente, a rendere compatibile l'aiuto, la circostanza che non rafforzi la posizione sul mercato dell'impresa che ne beneficia, perché una nozione del genere richiede la permanenza sul mercato delle sole imprese

³⁸ ORLANDI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1995, p. 227.

³⁹ E' emblematico, a questo riguardo, l'orientamento della Corte Costituzionale in ordine alla possibilità dello Stato di continuare a disporre finanziamenti alle imprese nelle materie di competenza regionale (Corte Cost., 13 gennaio 2004, in *Giur. Cost.*, 2004, p. 237ss.). per giustificare la legittimità di tali interventi la Corte li ha considerati attuativi della potestà esclusiva statale relativa alla "tutela della concorrenza" (art. 117, comma 2, lett. e), in quanto questa tutela, intesa in senso dinamico (cioè nel senso della promozione), consegue anche "da misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di sufficiente sviluppo": insomma, sembra di capire che le politiche rivolte a favorire lo sviluppo economico produrrebbero l'effetto di promuovere la concorrenza, per il semplice fatto che se l'economia ristagna non ci sono margini per la concorrenza. Risulta evidente che, in questo modo, la concorrenza è concepita sì come libertà, ma come libertà meramente individuale, ed è trattata alla stessa stregua, ad esempio, del diritto al lavoro che, per essere garantito, necessita di un minimo di sviluppo economico. Nella giustificazione della Corte scompare assolutamente il profilo centrale del tipo di assetto strutturale del mercato che la misura di aiuto è suscettibile di determinare e diventa assolutamente irrilevante che esso in realtà finisca per creare o rafforzare posizioni dominanti. Che tutto ciò sia una grossa forzatura sembra, del resto, riconoscerlo la stessa Corte allorché è costretta ad ammettere che gli aiuti che possono essere ritenuti compatibili con il mercato costituiscono "deroghe ai divieti", ma in questo modo trattandosi di deroghe ai divieti, devono essere misure che presentano le caratteristiche necessarie ad incorrere in tali divieti, cioè devono falsare o minacciare di falsare la concorrenza; ma se è così diventa difficile sostenere che le stesse misure promuovono la concorrenza.

⁴⁰ OSTI, *Op. Cit.*, p. 450, considera questa concezione quella maggiormente in grado di spiegare il divieto di aiuti di Stato.

competitive e l'espulsione di quelle in posizione eccessivamente marginale per i costi troppo elevati del loro sistema produttivo: espulsione che l'aiuto, pur senza creare posizioni di potere, potrebbe neutralizzare.

La conclusione ultima a cui, muovendo da una concezione della concorrenza come allocazione efficiente delle risorse, bisognerebbe pervenire è che qualsiasi misura di ausilio alle imprese è inevitabilmente destinata a produrre effetti anticoncorrenziali.

3. Il campo di applicazione *ratione personae*. Le imprese.

Gli artt. 107 e 108 si applicano agli aiuti concessi alle imprese. Per l'applicazione della disciplina in materia di aiuti di Stato è, quindi, fondamentale determinare se una misura statale è direttamente rivolta, o comunque produce effetti, nei confronti delle imprese.

La giurisprudenza costante definisce impresa qualsiasi soggetto che esercita attività economica, consistente nell'offrire beni e servizi dietro corrispettivo, per quanto ridotto o scarsamente profittevole possa essere, su un mercato aperto alla concorrenza⁴¹ a prescindere dal suo statuto giuridico e dalle sue modalità di finanziamento. Pertanto, la classificazione di un soggetto come impresa dipende esclusivamente dall'attività che questo esercita. Ciò comporta, in primo luogo, che è influente lo *status* del soggetto in questione ai sensi del diritto nazionale, come ad esempio il fatto di godere o meno della limitazione di responsabilità, o di avere carattere associato anziché unitario, perché rileva solo l'esercizio di un'attività economica. In secondo luogo, l'applicazione della disciplina sugli aiuti di Stato non dipende dal fatto che il soggetto abbia finalità lucrative, in quanto anche enti non aventi scopo di lucro possono esercitare attività economica. Di conseguenza, un soggetto che svolge sia un'attività a carattere economico che un'attività priva di carattere economico, è considerato

⁴¹ Sentenza della Corte di Giustizia del 16 giugno 1987, causa 118/85, *Commissione c. Italia*, in *Racc.*, 1987, p.7.

impresa solo per la prima parte. Sul punto, merita di essere segnalata un'importante sentenza relativa alla qualificazione delle fondazioni bancarie come imprese, nella quale la Corte ha stabilito, mutuando un principio riconosciuto nella disciplina europea in materia di IVA, che il semplice possesso di partecipazioni anche di controllo in imprese bancarie da parte di enti non aventi fine economico come le fondazioni non costituisce attività di impresa, se limitato al mero esercizio dei diritti connessi alla qualifica di azionista, compresa la percezione dei dividendi e degli altri frutti connessi alla partecipazione⁴².

Inoltre, conformemente al principio d'indifferenza della forma espresso dall'art. 345, i Trattati non pregiudicano il regime di proprietà vigente negli Stati membri. Quindi, le norme sulla concorrenza non discriminano le imprese a seconda che siano di proprietà pubblica o privata. Pertanto, il controllo europeo sulla concessione di aiuti statali alle imprese deve applicarsi anche alle imprese pubbliche. Tuttavia, si deve precisare che l'assimilazione delle imprese pubbliche a quelle private solleva tutt'ora notevoli questioni⁴³.

Attraverso una comunicazione del 20.12.2011 relativa all'applicazione della disciplina sugli aiuti per la prestazione di "servizi di interesse economico generale" (SIEG), la Commissione ha confermato l'impostazione derivante dal suddetto principio d'indifferenza della forma già presente nella disciplina previgente, fondata sulla distinzione tra SIEG, che sono forniti dalle imprese pubbliche o private senza ricevere un sostegno finanziario specifico dalle autorità degli Stati membri, e SIEG prestati solo se le autorità offrono una compensazione finanziaria al fornitore.

⁴² Sentenza della Corte del 10 gennaio 2006, causa C-222/04, *Cassa di risparmio di Firenze*, in *Racc.*, 2000, p. 107 ss.

⁴³ ROSSI, *Gli aiuti concessi dagli Stati*, in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, *Disciplina della Concorrenza nell'UE*, Frignani – Bariatti (a cura di), Padova, Cedam, 2012, p. 413.

In assenza di norme armonizzate nell'Unione, la distinzione tra servizi economici o non economici, e cioè la decisione di un'autorità nazionale di permettere o meno ai privati di svolgere un determinato servizio, è rimessa agli Stati membri che hanno, in genere, la facoltà di determinare le modalità di organizzazione e di finanziamento dei loro SIEG.

La questione dell'esistenza di un mercato per determinati servizi può dipendere dal modo in cui tali servizi sono organizzati nello Stato membro interessato. Le norme sugli aiuti di Stato si applicano solo se una determinata attività è svolta in un contesto di mercato. Il carattere economico di taluni servizi può, quindi, differire da uno Stato membro all'altro⁴⁴.

Infine, per scelta politica o causa degli sviluppi economici, la classificazione di un determinato servizio può modificarsi nel tempo: quella che oggi non è un'attività di mercato può diventarlo in futuro, e viceversa.

La Commissione ha inquadrato l'applicazione della disciplina sugli aiuti alla situazione delle compensazioni statali ai SIEG sulla base del precedente *Altmark*, con il quale la Corte ha chiarito le quattro condizioni alle quali le compensazioni degli obblighi di servizio pubblico non costituiscono aiuti di Stato e cioè che la missione SIEG sia esplicita, che i parametri del compenso siano prefissati, che il compenso copra i costi del SIEG ed un profitto, e che il margine di profitto sia fissato sulla base di situazioni comparabili.

Nel 2004, dopo la sentenza *Altmark*, la Commissione ha adottato il primo pacchetto SIEG (noto anche come "pacchetto Monti-Kroes") che, entrato in vigore nel luglio 2005, ha specificato le condizioni alle quali gli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico erano compatibili con il Trattato. Un nuovo inquadramento è stato adottato, nel 2011, per chiarire ulteriormente le nozioni di base per

⁴⁴ LANGELFELD - ALEXANDER, *State Aid and Supply-Side Geographic Market Definition*, in *Estal: European State Aid Law*, Lexxion, vol. 12, n. 2, 2013, p. 363.

l'applicazione delle compensazioni ai SIEG, agevolandone l'applicazione da parte delle autorità nazionali, locali o regionali.

Inoltre, in forza del principio di leale collaborazione di cui all'art. 4.3 del Trattato, gli Stati membri sono tenuti ad agevolare l'adempimento di tale compito, istituendo modalità di controllo tali da garantire che l'importo complessivo degli aiuti concessi alla medesima impresa per la prestazione di servizi di interesse economico generale non ecceda il massimale complessivo per gli aiuti "*de minimis*", gli Stati membri informano l'impresa interessata dell'importo dell'aiuto e della sua natura. Di conseguenza, prima di concedere l'aiuto, lo Stato membro interessato deve ottenere dall'impresa una dichiarazione sugli eventuali altri aiuti "*de minimis*" ricevuti durante l'esercizio finanziario interessato o nei due precedenti. Come alternativa, lo Stato membro ha la possibilità di assicurare il rispetto del massimale mediante un registro centrale.

In merito alle piccole e medie imprese (PMI), si precisa che sono senza dubbio la spina dorsale dell'economia europea. Esistono nell'UE più di ventitré milioni di PMI, corrispondenti al 99% delle imprese europee. In particolare, si tratta di imprese che svolgono un ruolo importante per la crescita europea poiché producono il 60% del PIL dell'UE. Creano posti di lavoro e sono saldamente ancorate nelle loro comunità locali e regionali e rappresentano una garanzia di coesione e di stabilità. Nello "*Small Business Act for Europe*"⁴⁵, la Commissione ha riconosciuto un ruolo centrale alle PMI, mirando a migliorare l'approccio globale allo spirito imprenditoriale, ad ancorare irreversibilmente il principio "Pensare anzitutto in piccolo" nei processi decisionali e a promuovere la crescita delle PMI aiutandole ad affrontare i problemi che continuano ad ostacolarne lo sviluppo⁴⁶.

⁴⁵ Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni – "Una corsia preferenziale per la Piccola Impresa – Alla ricerca di un nuovo quadro fondamentale per la Piccola Impresa (uno "*Small Business Act*" per l'Europa), COM (2008) 394 definitivo, 25.06.2008.

⁴⁶ ROSSI, *Op. Cit.*, p. 516.

In generale, le misure di sostegno alle PMI che comportano aiuti a norma dell'art. 107, par.1, TFUE, devono rispettare le procedure previste all'art. 108. Tali misure devono essere notificate e possono essere attuate soltanto dopo l'autorizzazione della Commissione. Tale quadro per gli aiuti alle PMI prevede che le misure possano: non essere considerate, a determinate condizioni, aiuti di stato, costituire aiuto di Stato, ma essere direttamente messe in esecuzione dagli Stati membri senza previa notifica alla Commissione ed, infine, essere direttamente considerate dallo Stato membro come aiuti di Stato compatibili, se soddisfano le condizioni previste nei relativi orientamenti e nelle relative discipline della Commissione.

Da ultimo, preme precisare che sono ampie le possibilità di concessione di aiuti di Stato a favore delle PMI, che sono ammessi a tutte le categorie di aiuto autorizzate in base alle norme UE in materia di aiuti di Stato. Inoltre, per certe categorie di aiuti che possono essere concessi anche a grandi imprese, le PMI beneficiano d'intensità di aiuto più elevate.

La disciplina degli aiuti di Stato trova applicazione anche (e questo è senz'altro l'aspetto che più interessa) nel settore finanziario⁴⁷. In particolare, nel settembre del 2008, alla vigilia del fallimento della banca d'affari *Lehman Brothers* e del conseguente collasso finanziario internazionale, la Commissione avviava un nuovo corso nel controllo delle misure nazionali di sostegno al settore finanziario di fronte a una crisi di proporzioni globali. Le Speciali Linee Guida a favore del settore finanziario a seguito della crisi furono adottate per la prima volta dalla Commissione, nel 2008-2009. Esse includono: la comunicazione nel settore bancario⁴⁸, la

⁴⁷ Cfr. RUBINI, *The Definition of Subsidy and State State Aid: WTO and EC Law in Comparative Perspective*, Oxford, London, 2009; M. Sanchez Rydelski, *The Ec State Aid Regime: Distorsive Effects of State Aid on Trade Competition & Trade*, Cameron, May, 2006.

⁴⁸ Comunicazione sull'applicazione delle norme in materia di aiuti di stato alle misure prese in relazione alle istituzioni finanziarie nel contesto della crisi finanziaria, GU C270. 25.10.2008, 8.

comunicazione sulla ricapitalizzazione⁴⁹, la comunicazione sulle attività deteriorate⁵⁰, e la comunicazione sulla ristrutturazione⁵¹. Le norme sono state introdotte ai sensi dell'art. 107.3, lett. b) che permette alla Commissione di approvare aiuti destinati a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro.

Inoltre, si tratta di norme finalizzate a consentire agli Stati membri di sostenere tempestivamente ed in modo appropriato il sistema bancario durante la crisi finanziaria, al fine di preservare la stabilità finanziaria, pur evitando distorsioni indebite della concorrenza nel mercato dell'Unione.

La Commissione con la Comunicazione dell'1.12.2011. ha ulteriormente aggiornato e prorogato le norme temporanee sul controllo degli aiuti di Stato per la valutazione del sostegno pubblico concesso agli istituti finanziari nel contesto della crisi. Essa ha, inoltre, provveduto a chiarire le modalità da rispettare per garantire che lo Stato riceva una remunerazione adeguata nel caso in cui gli Stati membri decidano di ricapitalizzare le rispettive banche nazionali, ricorrendo a strumenti per i quali la remunerazione non viene fissata in anticipo, come le azioni ordinarie. Vi è più, è stata concordata una metodologia riveduta relativa alla remunerazione delle garanzie per le esigenze di finanziamento delle banche, che rappresentano la maggior parte del sostegno concesso finora, onde garantire che le commissioni versate dalle banche riflettano il loro rischio intrinseco piuttosto che il rischio connesso allo Stato membro interessato o al mercato nel suo insieme. E' stato previsto che tali norme si applichino per tutto il tempo richiesto dalle condizioni di mercato⁵².

⁴⁹ Comunicazione sulla ricapitalizzazione degli istituti finanziari nel contesto della crisi finanziaria, GU C10, 15.01.2009, 2.

⁵⁰ Comunicazione sul trattamento delle attività deteriorate nel settore bancario europeo, GU C72, 26.03.2009, 1.

⁵¹ Comunicazione sulle ristrutturazioni bancarie nel contesto della crisi finanziaria, GU C195, 19.08.2009, 9.

⁵² ROSSI, *Op. Cit.*, p.419.

Pertanto, la Commissione ha finora previsto di mantenere in vigore le suddette comunicazioni che stabiliscono le condizioni per la compatibilità con le norme del Trattato in materia di aiuti di Stato degli aiuti concessi sotto forma di garanzia, ricapitalizzazione e sostegno a fronte di attività deteriorate, nonché i requisiti per i piani di ristrutturazione o di redditività. In questo modo, la Commissione potrà garantire una rapida approvazione temporanea delle misure ogni volta che sarà necessario per preservare la stabilità finanziaria, a condizione che i termini dell'inventario siano conformi agli orientamenti.

In conclusione, si rendono necessarie alcune considerazioni.

Sopravvivendo ad una crisi senza precedenti che ha comportato massicci interventi statali, la disciplina europea sul controllo degli aiuti di Stato ha mostrato pragmatismo e flessibilità grazie all'utilizzo dell'art. 107.3 lett. b). Nelle sue decisioni, la Commissione non ha mai abbandonato i principi chiave della disciplina sul controllo degli aiuti statali e ha sempre assicurato che la flessibilità fosse provvisoria, quantitativamente limitata e libera da visioni eccessivamente nazionalistiche. Ed è proprio attraverso l'esame dei piani individuali di ristrutturazione delle singole banche che la Commissione controlla l'utilizzo del denaro dei contribuenti che poche se non nessuna autorità nazionale è riuscita ad assicurare nel corso della crisi.

In secondo luogo, l'elevato numero di piani individuali di ristrutturazione notificati ha conferito di fatto alla Commissione un esteso potere regolatore sull'industria bancaria europea, al di là dei limiti nazionali. *De iure condendo* sarebbe auspicabile che la Commissione potenzi il suo ruolo di "arbitro" cercando di risolvere quelle questioni più delicate come, ad esempio, stabilire il livello di cooperazione tra autorità nazionali di vigilanza, o l'equilibrio tra l'obiettivo di prevenzione di crisi sistemiche e

quello di preservare il funzionamento del mercato ed il gioco della concorrenza nel mercato bancario dell'Unione⁵³.

4. (Segue) Il campo di applicazione *ratione materiae* e *ratione loci*.

Le materie alle quali si applica la disciplina degli aiuti di Stato sono tre: l'industria carboniera, l'agricoltura e i trasporti. In merito al primo punto, occorre premettere che sebbene il regime previsto dal Trattato si applica agli aiuti accordati nel settore Euratom (art. 232.2 CEE), a partire dal 2003 lo stesso regime ha trovato applicazione anche alla materia del carbone e dell'acciaio, posto che la disciplina prevista dall'art. 4, lett. c) del Trattato CECA e la decisione n. 3632/93/CECA della Commissione del 28.12.1993, relativa al regime comunitario degli interventi degli Stati membri a favore dell'industria carboniera che dava attuazione a tale regime, sono scadute il 23.07.2002. Tale precedente regime prevedeva un radicale divieto di aiuto nel settore dell'industria carboniera che vi dava attuazione, attenuato dalla decisione della Commissione. Lo squilibrio concorrenziale del carbone comunitario rispetto a quello importato, ha comunque imposto all'industria carboniera l'adozione di importanti misure di ristrutturazione e riduzione di attività. Si tratta ancora oggi di una materia rispetto alla quale la relativa disciplina degli aiuti è incompleta, tuttavia, con la decisione del Consiglio del 10.12.2010 sugli aiuti di Stato, è stata agevolata la chiusura di miniere di carbone non competitive⁵⁴ che avrà termine il 31.12.2027. Per il resto vengono interamente applicati gli artt. 107 e 108 TFUE.

Per quanto concerne il settore agricolo, l'art. 42 prevede che le regole di concorrenza si applichino alla produzione e al commercio di prodotti agricoli solo nella misura determinata dal Parlamento e dal Consiglio. Diversamente da altri settori, quindi, l'autorità della Commissione in

⁵³ LAPRÉVOTE, *Selected Issue raised by the Bank Restructuring Plans Under EU State Aid Rules*, in EStAL, Vol. 11, 1/20012, p. 93.

⁵⁴ MARKOVICOVA, in *Commentary – Single Common Market Organisation*, Chapter II, Part IV *Competition Rules*, Moge, Erlbacher (a cura di), Munchen, 2011, p. 794.

materia di controllo e vigilanza sugli aiuti di Stato nel settore agricolo non deriva direttamente dal Trattato, ma dalla normativa dettata dal Consiglio ed è soggetta ad eventuali restrizioni stabilite dal legislatore. Tuttavia, di fatto, tutti i Regolamenti relativi alle organizzazioni comuni dei mercati prevedono l'applicazione ai propri prodotti delle norme sugli aiuti di Stato di cui agli artt. 107 e 108 TFUE. In particolare, l'art. 88 Reg. 1698/2005 prevede espressamente l'applicazione degli articoli in questione agli aiuti concessi dagli Stati membri a sostegno dello sviluppo rurale. Ne consegue che, fatte salve eventuali limitazioni o deroghe specifiche stabilite nei pertinenti regolamenti, le disposizioni del Trattato sono interamente applicabili agli aiuti di Stato al settore agricolo, ad eccezione degli aiuti destinati al numero limitato di prodotti non coperti da organizzazioni comuni di mercato.

In sostanza, benché gli artt. 107 e 108 siano pienamente operanti nei settori economici disciplinati da organizzazioni comuni di mercato, la loro applicazione rimane, tuttavia, subordinata alle disposizioni contenute nei regolamenti pertinenti. Peraltro, secondo costante giurisprudenza, anche quando uno Stato membro si richiama alle disposizioni degli artt. 107 e 108, queste non prevalgono sulle disposizioni del Regolamento relative all'organizzazione di quel settore del mercato⁵⁵. In nessun caso, quindi, la Commissione può autorizzare aiuti incompatibili con le disposizioni che disciplinano un'organizzazione comune di mercato o che perturberebbe il corretto funzionamento di quest'ultima.

Diversamente, nel settore dei trasporti, si applica la maggior parte delle norme generali in materia di aiuti di Stato, incluso il Regolamento “*de minimis*” (sebbene esistano alcune eccezioni soprattutto con riferimento al settore aereo e il trasporto marittimo).

⁵⁵ Sentenza della Corte del 26.06.1979, causa C177/78, *Pigs and Bacon Commission /McCarren*, in *Racc.*, 1979, p. 11.

Infine, *ratione loci*, gli artt. 107 e 109 TFUE sono applicabili in tutto il territorio dell'Unione. Inoltre, conformemente all'art. 349.1, il Consiglio, su proposta della Commissione, può adottare misure specifiche per l'applicazione delle disposizioni del Trattato ai Dipartimenti d'Oltre Mare Francesi, alle Azzore, a Medeira, nonché alle isole Canarie, per tenere conto della loro situazione socio-economica e strutturale, aggravata dalla loro grande distanza, insularità, dai climi difficili o dalla conformazione topografica

5. L'intervento dello Stato.

In primo luogo, affinché una misura possa costituire un aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107 TFUE è necessario che il beneficio in questione sia stato concesso “dagli Stati, ovvero mediante risorse statali”.

Al riguardo, l'interpretazione data dalle Corti comunitarie alla nozione di “Stato” e di “risorse statali”, è molto ampia. Essa ricomprende non soltanto gli aiuti concessi direttamente dal governo centrale, ma anche le misure emanate dagli enti regionali e locali⁵⁶ o persino da enti, pubblici o privati, designati o istituiti dagli Stati⁵⁷.

L'imputabilità allo Stato di un provvedimento d'aiuto adottato da un'impresa pubblica può essere dedotta da un insieme di indizi risultanti dalle circostanze del caso di specie e dal contesto nel quale il provvedimento in questione è stato adottato. A questo proposito, la Corte ha ravvisato l'imputabilità allo Stato in fattispecie in cui l'organismo in questione non poteva adottare la decisione contestata senza tener conto

⁵⁶ Si veda, in tal senso, la sentenza della Corte del 14 ottobre 1987, causa 248/84, *Repubblica federale di Germania c. Commissione*, in *Racc.*, 1987, 4013, punto 17; del 16 dicembre 2010, causa C-482/99, *Seydaland*, in *Racc.*, 2010, 13083, punto 14.

⁵⁷ V. le sentenze della Corte del 17 marzo 1993, cause riunite C-72/91 e C-73/91, *Firma Sloman Neptun Schiffahrts AG c. Seebetriebsrat Bodo Ziesemer der Sloman Neptun Schiffahrts AG*, in *Racc.*, 1993, I-887, punto 19; del 7 giugno 1988, causa 57/86, *Repubblica ellenica c. Commissione*, in *Racc.*, 1988, 2855, punto 12; del 13 marzo 2001, nella causa C-379/98, *Preussen Elektra AG c. Schleswig AG*, in *Racc.*, 2001, I-2099, punto 58.

delle esigenze dei pubblici poteri⁵⁸, ovvero in cui, oltre agli elementi di natura organica che vincolavano le imprese pubbliche allo Stato, tali imprese, grazie alla cui intermediazione gli aiuti erano stati concessi, dovevano tener conto delle direttive impartite da un organismo pubblico, quale ad esempio il Comitato interministeriale per la programmazione economica.

Particolare importanza riveste, sul punto, la sentenza *Stardust Marine*⁵⁹ in cui la Corte ha precisato: *“altri indizi potrebbero, eventualmente, essere pertinenti per giungere ad affermare l'imputabilità allo Stato di un provvedimento di aiuto adottato da un'impresa pubblica, quali, in particolare, l'integrazione di tale impresa nelle strutture dell'amministrazione pubblica, la natura delle sue attività e l'esercizio di queste sul mercato in normali condizioni di concorrenza con gli operatori privati, lo status giuridico dell'impresa, ossia il fatto che questa sia soggetta al diritto pubblico ovvero al diritto comune delle società, l'intensità della tutela esercitata dalle autorità pubbliche sulla gestione dell'impresa, ovvero qualsiasi altro indizio che indichi, nel caso concreto, un coinvolgimento delle autorità pubbliche ovvero l'improbabilità di una mancanza di coinvolgimento nell'adozione di un provvedimento, tenuto conto anche dell'ampiezza di tale provvedimento, del suo contenuto ovvero delle condizioni che esso comporta”*.

Sempre secondo la Corte, poi, il fatto che un'impresa pubblica sia stata costituita nella forma di una società di capitali di diritto comune non è di per sé idoneo ad escludere l'imputabilità allo Stato di un provvedimento di aiuto adottato da una società di questo tipo.

⁵⁸ Tra le altre, in particolare, le sentenze della Corte del 2 febbraio 1988, cause riunite 67, 68 e 70/85, *Van der Kooy BV e altri c. Commissione*, in *Racc.*, 1988, 219, punto 37; del 30 gennaio 1985, causa 290/83, *Commissione c. Repubblica francese*, in *Racc.*, 1991, I-1433, punti 11 e 12.

⁵⁹ Sentenza della Corte del 16 maggio 2002, causa C-482/99, *Repubblica francese c. commissione detta “Stardust Marine”*, in *Racc.*, 2002, I-4397, punto 36.

Il requisito del “trasferimento di risorse statali” è sussistente ove l’aiuto abbia un impatto sul bilancio dello Stato, vale a dire in ogni ipotesi in cui lo Stato direttamente conceda proprie risorse oppure, indirettamente, rinunci a riscuotere ciò che gli è dovuto. Le modalità attraverso le quali può avvenire il trasferimento sono le più varie: sovvenzioni non rimborsabili, sovvenzioni dirette a ripianare le perdite di bilancio ovvero a copertura dei costi di nuovi investimenti, prestiti a tassi agevolati, garanzie dello Stato sui debiti⁶⁰, crediti agevolati alle esportazioni o assicurazioni speciali di tali crediti⁶¹, dilazioni dei pagamenti, stipula di contratti per forniture all’amministrazione pubblica a prezzi più alti di quelli di mercato, presa in carico da parte dello Stato di oneri retributivi e previdenziali, cessione di proprietà immobiliari di proprietà pubblica a prezzi inferiore al loro valore, agevolazioni o esenzioni fiscali, ovvero dilazioni eccezionali nel versamento di tributi ed altre forme ancora.

Pertanto, non è necessario che l’aiuto assuma la forma di un materiale trasferimento di risorse finanziarie in favore dell’impresa beneficiaria, potendo consistere anche in una rinuncia ad un introito da parte dello Stato membro.

In questa ottica, è stato considerato aiuto anche la concessione di un esonero o di una “agevolazione fiscale” a determinate imprese nazionali⁶², la fissazione di prezzi di favore per determinati beni pubblici (ad esempio la fornitura di combustibili di proprietà statale a prezzi inferiori a quelli

⁶⁰ Comunicazione della Commissione sull’applicazione degli artt. 107 e 108 del TFUE agli aiuti di Stato concessi sotto forma di garanzia, in GUCE C71 del 11 marzo 2000, 14.

⁶¹ Si vedano la Comunicazione della Commissione riguardante la proroga della comunicazione della Commissione agli Stati membri, a norma dell’art. 93, par. 1 del TCE, sull’applicazione degli artt. 92 e 93 del Trattato all’assicurazione del credito all’esportazione a breve termine in GUCE C 307 del 11 dicembre 2004, 12; la Comunicazione della Commissione agli Stati membri, a norma dell’art. 93, par. 1 del TCE, sull’applicazione degli artt. 92 e 93 del Trattato all’assicurazione del credito all’esportazione a breve termine in GUCE C 325 del 22 dicembre 2005, 22.

⁶² Sentenza 14 marzo 1994, *Banco Exterior de Espana*, causa C-387/92, in *Racc.*, p. I-1303.

praticati ad altri utenti⁶³), o l'assistenza logistica e commerciale fornita a prezzi inferiori a quelli di mercato da parte di un'impresa pubblica alle proprie filiali che operano in settori aperti alla libera concorrenza. Al riguardo, assume particolare importanza la nota sentenza *SFEI*⁶⁴ concernente una controversia tra un'associazione di imprese operante nel settore dei servizi di corriere espresso internazionale (Syndicat Francais de l'Express international) e le Poste francesi. Queste venivano accusate di sovvenzionare due società (SFMI e Chronopost) da esse partecipate e dedite alla medesima attività, fornendo loro servizi di raccolta, smistamento e trasporto dei plichi attraverso gli uffici postali e il loro personale, e svolgendo attività di promozione e assistenza alla clientela. La sovvenzione sarebbe consistita nel non esigere un “*normale compenso a titolo di corrispettivo*” per i servizi resi a SFMI e Chronopost. Interrogata dal Tribunal de commerce di Parigi la Corte ha stabilito che “*la fornitura di assistenza logistica e commerciale senza normale contropartita da parte di un'impresa pubblica alle sue controllate di diritto privato attive in un settore aperto alla libera concorrenza può configurare un aiuto*” ai sensi dell'art. 107 TFUE.

Inoltre, l'inciso “dagli Stati o mediante risorse statali”, contenuto nel par. 1 dell'art. 107 TFUE, è stato diversamente interpretato dalla giurisprudenza comunitaria nel corso degli anni.

In una prima fase, le pronunce della Commissione e della Corte interpretavano tale espressione in senso alternativo, vale a dire nel senso più conforme ad una esegesi letterale dell'art. 107. Sotto tale profilo. Era, dunque, sufficiente per attribuire la natura di aiuto, che la misura fosse stata posta in essere da uno Stato membro anche in mancanza di un conseguente onere per il bilancio dello Stato medesimo⁶⁵.

⁶³ Sentenza 2 febbraio 1988, *Van der Kooy*, cause riunite 67, 68 e 70/85, in *Racc.*, p. 219.

⁶⁴ Sentenza 11 luglio, 1996, *SFEI*, causa C-39/94, in *Racc.*, p. I-3547.

⁶⁵ Sentenza 22 marzo 1977, causa 78/76, *Steinike & Einling*, in *Racc.*, 1977, 596.

A partire dai primi anni ottanta e sino all'inizio degli anni novanta, la giurisprudenza si è caratterizzata per la mancanza di uniformità di giudizi al riguardo: se da un lato, infatti, alcune sentenze ribadivano l'approccio alternativo, dall'altro, la Corte escludeva dalla nozione di aiuto alcune ipotesi in cui non era sussistente, direttamente o indirettamente, un onere per lo Stato.

Tuttavia, la fase di incertezza si concludeva con la sentenza della Corte *Sloman Neptun* del 1993 nella quale, a fronte della decisa presa di posizione della Commissione in favore del ritorno dell'approccio alternativo, la Corte, richiamando la sentenza *Van Tiggele* del 1977, affermava con chiarezza che: "solo i vantaggi concessi direttamente o indirettamente mediante risorse statali vanno considerati aiuti ai sensi dell'art. 92 (oggi 107), n. 1, del Trattato. Invero, emerge dal tenore stesso di questa disposizione e dalle regole procedurali dettate dall'art. 93 (oggi 108) del Trattato che i vantaggi concessi con mezzi diversi dalle risorse statali esulano dall'ambito di applicazione di queste disposizioni".

Tale approccio è stato immediatamente ribadito nella sentenza *Kirsammer Hack*, dove, infatti, la Corte ha ulteriormente precisato: "la distinzione tra gli 'aiuti concessi dallo Stato' e gli aiuti concessi 'per mezzo di risorse statali' non significa che tutti i vantaggi concesso dallo Stato vanno considerati aiuti indipendentemente dal fatto che essi siano o meno finanziati tramite risorse statali, ma è intesa solamente a ricomprendere nella nozione di aiuto sia gli aiuti direttamente concessi dagli Stati sia quelli concessi da enti pubblici o privati designati o istituiti dagli Stati".

La Commissione ha tentato di rimettere in discussione il nuovo indirizzo della Corte nel caso *PreussenElektra*. L'Avvocato generale Jacobs, nelle conclusioni di questo procedimento, pur riconoscendo una certa validità agli argomenti sostenuti dalla Commissione a favore di una interpretazione ampia della nozione di aiuto, ha affermato che il finanziamento mediante risorse statali costituisce un elemento necessario della nozione di aiuto di

Stato e ha proposto alla Corte – che vi ha aderito – di attenersi alla propria ultima giurisprudenza⁶⁶.

La consacrazione definitiva dell'interpretazione in senso “cumulativo” si rinviene nella sentenza *Stardust Marine* nella quale la Corte, nell'esaminare per la prima volta separatamente i due presupposti dell'imputabilità allo Stato e del trasferimento di risorse statali, ha espressamente statuito: “determinati vantaggi per poter essere qualificati come aiuti ai sensi dell'art. 87 (oggi 107) del Trattato, debbono, da un lato, essere concessi direttamente o indirettamente mediante risorse statali e, dall'altro, essere imputabili allo Stato”⁶⁷.

Tuttavia, un limite alla nozione di “risorsa statale” è da ritrovarsi nella sentenza *Sloman Neptun*, nella quale la Corte di Giustizia ha affermato che l'esclusione di certe imprese di navigazione dalle disposizioni locali per il lavoro dipendente era intesa unicamente a modificare, in favore delle imprese di navigazione marittima, le condizioni alle quali vengono costituiti i rapporti contrattuali tra le dette imprese e i loro dipendenti. La conseguente differenziazione rispetto alle altre imprese nella base di calcolo dei contributi previdenziali, nonché l'eventuale perdita di gettito tributario, dovevano essere considerate “inerenti” al quadro normativo e non costituivano un mezzo per accordare alle imprese interessate un vantaggio determinato.

Sulla stessa linea di *Sloman Neptun*, nella causa *Kisammer*, la Corte di giustizia ha confermato che il non assoggettamento di certe imprese (le piccole imprese) al regime nazionale di protezione dei lavoratori dal licenziamento abusivo, avente l'effetto di non sottoporre tali imprese alle ritenute destinate ad alimentare il fondo per il regime di cassa integrazione, non comportava alcun trasferimento, diretto o indiretto, di risorse statali.

⁶⁶ Si vedano, sul punto, le conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs del 26 ottobre 2000, nella causa C-379/98, *PreussenElektra c. Schleswag*, in *Racc.*, 1999, punti 150-159. E la sentenza della Corte del 13 marzo 2001 in quella causa, punto 58.

⁶⁷ Sentenza *Stardust Marine*, *Cit.*, punto 24.

Esso costituiva piuttosto “il frutto di una scelta legislativa volta a prevedere una specifica disciplina giuridica dei rapporti tra datori di lavoro e lavoratori nelle piccole imprese ed a evitare che queste ultime siano gravate da oneri finanziari tali da ostacolare lo sviluppo”⁶⁸.

Ne consegue, quale regola generale, che il mancato introito fiscale derivante dall'applicazione di una determinata misura nazionale, laddove non costituisca la principale finalità ma sia qualificato solo come “conseguenza inerente” alla stessa, non costituisce aiuto di Stato⁶⁹.

6. (Segue) Il vantaggio “gratuito” e il criterio dell’investitore privato.

In base all’art. 107 del TFUE, il beneficiario dell’aiuto deve essere un’impresa.

Alla mancanza di una definizione di *impresa* nel Trattato ha sopperito la giurisprudenza comunitaria. Infatti, in forza di essa, tale nozione abbraccia qualsiasi entità che eserciti un’*attività economica*, a prescindere dal suo *status* giuridico e dalle sue modalità di finanziamento⁷⁰. Costituisce un’attività economica qualsiasi attività che consista nell’offrire beni o servizi su un determinato mercato.

E’ opportuno precisare che la normativa comunitaria in materia di aiuti di Stato trova applicazione anche nel caso in cui l’aiuto sia stato erogato da uno Stato membro a favore di un’*impresa di un altro Stato membro*.

Inoltre, la Corte di giustizia ha dichiarato che la mancanza di fini di lucro, il perseguimento di una finalità sociale, la presenza di elementi di solidarietà

⁶⁸ Corte di giustizia, 30 novembre 1993, causa C-189/91, *Kisammer-Hack*, in *Racc.*, 1993, p. I-6185, punto 17.

⁶⁹ NEBBIA, *Il Concetto di Aiuto di Stato*, in *Dizionario Sistematico del Diritto e della Concorrenza*, Pace (a cura di), Jovene, Napoli, 2013, p. 499.

⁷⁰ Si vedono, in particolare, le sentenze della Corte del 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Hofner e Elser*, in *Racc.*, 1991, I-1979, punto 21; del 18 giugno 1998, causa C-35/96, *Commissione c. Repubblica Italiana*, in *Racc.*, 1998, I-3851, punto 36 e del 16 marzo 2004, cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01, *AOK Bundesverband e altri*, in *Racc.*, 2004, I-2493, punto 46.

di restrizioni o di controlli sugli investimenti non impediscono di considerare l'attività svolta come un'attività economica⁷¹.

Al contrario, l'imposizione di un contributo non determina, di per sé, l'applicabilità delle regole di concorrenza all'impresa che lo riscuote, qualora tale tributo sia destinato a finanziare un'attività di interesse generale⁷².

Un esempio recente riguarda il caso delle fondazioni bancarie italiane, che la Commissione aveva ritenuto non costituire "imprese" ai sensi dell'art. 87, 1 CE⁷³. Tuttavia, la Corte di giustizia ha precisato: *"la semplice suddivisione di un'impresa in due enti distinti, uno con il compito di svolgere direttamente l'attività economica e il secondo con quello di controllare il primo, intervenendo nella sua gestione, sarebbe sufficiente a privare della loro efficacia pratica le norme comunitarie sugli aiuti di Stato. Ciò consentirebbe al secondo ente di beneficiare di sovvenzioni o di altri vantaggi concessi dallo Stato o grazie a risorse statali, e di utilizzarli in tutto o in parte a beneficio del primo, sempre nell'interesse dell'unità economica costituita dai due enti"*⁷⁴.

Il giudice comunitario ha peraltro aggiunto che una fondazione bancaria ben può essere qualificata come "impresa" qualora essa, aggiungendo direttamente negli ambiti di interesse pubblico e di utilità sociale, sia in grado di offrire beni e servizi sul mercato in concorrenza con altri operatori, ad esempio in settori come la ricerca scientifica, l'arte o la sanità⁷⁵.

⁷¹ Sentenza della Corte del 21 settembre 1999, cause riunite da C-115/97 a C-117/97, *Brentjens Handelsonderneming BV c. Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen*, in *Racc.*, 1999, I-6025, punti 85 e 86.

⁷² Sentenza della Corte del 18 marzo 1997, C- 343/95, *Diego Calì e Figli srl c. Servizi ecologici porto di Genova spa*, in *Racc.*, 1997, I-1547. La Corte si è

⁷³ Decisione della Commissione 2003/146 del 22 agosto 2002, relativa alle misure fiscali per le fondazioni bancarie cui l'Italia ha dato esecuzione, in GUUE L 55 del 1 aprile 2003, 56. Si tratta delle misure destinate alle fondazioni introdotte dall'art. 12, comma 2, del d.lgs. n. 153/1999.

⁷⁴ Sentenza della Corte del 10 gennaio 2006, causa C-222/04, *Ministero dell'Economia e delle Finanze c. Cassa di Risparmio di Firenze S.p.A. e altri*, in *Racc.*, 2007, I-114.

⁷⁵ EBNER - GAMBARO, *La nozione di aiuto di Stato*, in *Concorrenza e Aiuti di Stato*, a cura di Alberto Santa Maria, Giappichelli, Torino, 2006, p. 26.

Un concetto strettamente connesso al tema di cui scriviamo è quello di “vantaggio gratuito”. In particolare, l’art. 107, comma 1, TFUE, vietando i vantaggi che favoriscono talune imprese, precisa che rientrano nella nozione di “vantaggio” i benefici economici che l’impresa beneficiaria non avrebbe ottenuto in condizioni normali di mercato e, tra di essi, soprattutto:

- gli interventi che alleggeriscono gli oneri gravanti normalmente sul bilancio di un’impresa e che, pertanto, impediscono che le forze presenti sul mercato spieghino i loro normali effetti⁷⁶;
- le misure che implicano per il beneficiario, contemporaneamente, obblighi e vantaggi, qualora vi sia un disequilibrio in favore di questi ultimi.

L’analisi della sussistenza del requisito della *gratuità*, dunque, dovrà necessariamente essere svolta caso per caso, prendendo le mosse dalla situazione concorrenziale esistente, prima che venisse adottato il provvedimento statale attributivo del beneficio.

Il “vantaggio” coincide con il trattamento di favore riservato al beneficiario rispetto ai concorrenti che si trovino nella stessa situazione di fatto e di diritto e che svolgano un’attività analoga, senza che abbia rilevanza, rispetto all’unico mercato, lo Stato membro in cui questi ultimi sono stabiliti. Tuttavia, poiché ai fini della complessa fattispecie di un aiuto non vengono tenuti in nessuna considerazione gli eventuali profili di non equivalenza di condizioni strutturali o di trattamento fiscale da uno Stato all’altro, il richiamo, in relazione al divieto di aiuti, al *principio generale di uguaglianza*, secondo cui a casi uguali devono essere applicate disposizioni uguali, pare assumere una valenza soltanto parziale.

Anche in relazione al profilo del vantaggio gratuito, la giurisprudenza comunitaria ha costantemente ribadito l’irrilevanza della forma assunta dall’intervento così come della sua natura giuridica o anche del fine

⁷⁶ Sentenza della Corte del 14 febbraio 1990, causa 301/87, *Repubblica francese c. Commissione*, in *Racc.*, 1990, I-307, punto 41.

perseguito. L'unico elemento che rileva è il risultato (l'effetto) a cui l'intervento stesso conduce.

Ciò posto, il criterio di riferimento per valutare la sussistenza di un vantaggio gratuito – e, quindi, per determinare se una misura statale costituisca indirettamente un aiuto di Stato – si sostanzia in una valutazione ipotetica del comportamento dell'*investitore privato in economia di mercato*.

Sulla base di questo assunto, sviluppato dalla Commissione in una propria comunicazione del 1993⁷⁷, si concreta un aiuto quando lo Stato fornisce un finanziamento ad un'impresa in circostanze che non sarebbero accettabili per un investitore privato operante razionalmente in un'economia di mercato⁷⁸.

A ben vedere, il criterio relativo al comportamento di un investitore privato non è altro che un corollario del principio della parità di trattamento fra proprietà pubblica e privata, di cui all'art. 295 TCE, in forza del quale i capitali messi a disposizione di un'impresa, direttamente o indirettamente, da parte dello Stato, in circostanze che corrispondono alle normali condizioni del mercato, non possono essere considerati aiuti di Stato.

Ebbene, tra gli indici determinanti, utilizzati dalla Commissione in sede di applicazione del criterio in parola, si segnala innanzitutto la *situazione finanziaria dell'impresa beneficiaria*. Quando le risorse vengono fornite o garantite dallo Stato ad un'impresa *in difficoltà finanziaria*, è da ritenere

⁷⁷ Comunicazione della Commissione agli Stati membri – Applicazione degli artt. 92 e 93 del Trattato CEE e dell'art. 5 della direttiva della Commissione 80/723/CEE alle imprese pubbliche dell'industria manifatturiera, in GUCE C 307 del 13 novembre 1993, 3.

⁷⁸ Il principio è stato sviluppato anche dalla Corte di Giustizia, secondo la quale per valutare se una misura statale costituisca un aiuto si deve determinare se l'impresa beneficiaria riceva un vantaggio economico che non avrebbe ottenuto in condizioni normali di mercato. Si veda sul punto, tra le altre, la sentenza della Corte dell'11 luglio 1996, causa C-39/94, *SFEI e altri*, in *Racc.*, 1996, I-3547, punto 60. La Corte ha poi chiarito che le "condizioni normali di mercato", che sono necessariamente ipotetiche, devono valutarsi con riferimento agli elementi obiettivi e verificabili che sono disponibili. In merito, si veda la sentenza del 3 luglio del 2003, cause riunite C-83/01P, C-93/01P, *Chronopost SA, La Poste e Repubblica francese contro Ufex DHL International, Federal express international (France) e CRIE*, in *Racc.*, 2003, I-6993.

probabile che gli apporti finanziari contengano elementi di aiuto di Stato. In ogni caso, la giurisprudenza ha avallato la prassi della Commissione, in base alla quale il criterio dell'investitore privato andrebbe applicato a tutte le imprese e non soltanto a quelle in perdita: nella sentenza *WestLB*, infatti, il Tribunale ha chiarito che, in via di principio, la questione se l'impresa beneficiaria sia redditizia oppure non è di per sé determinante al fine di stabilire se esista un vantaggio⁷⁹.

Un altro elemento da prendere in considerazione è il *contemporaneo intervento di operatori privati*: se lo Stato erogatore è in grado di dimostrare che l'intervento pubblico è effettuato parallelamente ad un significativo intervento privato, a condizioni comparabili, si può presumere l'assenza di un vantaggio e, dunque, l'insussistenza di un aiuto. Occorre, tuttavia, che l'intervento privato sia significativo, realmente comparabile e concomitante.

Nella valutazione del *tasso di rendimento* atteso, la Commissione compara il rendimento ottenuto dallo Stato grazie alla sua transazione controversa con il rendimento che un ipotetico investitore privato, in una situazione per quanto possibile simile, avrebbe ritenuto idoneo per quella transazione⁸⁰. Il Tribunale, tuttavia, ha avvertito che, in genere, un investitore privato, non si accontenta del fatto che un investimento non gli causi perdite o gli procuri utili limitati: cercherà piuttosto una massimizzazione ragionevole del rendimento del suo investimento, in funzione delle circostanze presenti e della soddisfazione dei suoi interessi a corto, medio e lungo termine. Secondo le Corti comunitarie, il comportamento dell'investitore privato, cui deve essere raffrontato l'intervento dell'investitore pubblico deve quantomeno corrispondere a quello di una *holding* privata o di un gruppo

⁷⁹ Sentenza del Tribunale del 6 marzo 2003, cause riunite T-228/99 e T-223/99, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale e Land Nordrhein-Westfalen c. Commissione*, in *Racc.*, 2003, II-435, punto 208.

⁸⁰ EBNER - GAMBARO, *Op. Cit.*, p. 29.

imprenditoriale privato che persegua una politica strutturale, globale o settoriale, guidato da prospettive di redditività a più lungo termine.

Sulla base delle considerazioni fin qui svolte, il concetto di aiuto di Stato ricomprenderebbe anche quegli interventi statali che, con qualsiasi modalità, alleggeriscono gli oneri gravanti sul bilancio di un'impresa. Pertanto, l'intervento agevolativo statale può prendere le forme della rinuncia, totale o parziale, ad un credito vantato nei confronti di un'impresa. A titolo esemplificativo, infatti, qualora un ente pubblico competente per la riscossione di contributi previdenziali tolleri che detti contributi siano pagati in ritardo, lo stesso conferisce all'impresa che se ne giova un vantaggio commerciale apprezzabile, in quanto allevia nei suoi confronti l'onere risultante dalla normale applicazione del regime previdenziale⁸¹.

Per valutare se una simile rinuncia costituisca un aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107 TFUE, è stato elaborato dalla giurisprudenza comunitaria il *criterio del creditore privato*, in base al quale occorre verificare se, tenuto conto dell'entità del vantaggio economico conferito, l'impresa avrebbe ottenuto analoghe agevolazioni da un creditore privato che si fosse trovato nei suoi confronti nella medesima situazione dell'ente di riscossione. Il criterio in esame non è, dunque, altro che un'applicazione del principio dell'investitore privato all'attività di riscossione dei crediti.

Particolare attenzione viene posta sulla circostanza se l'autorità pubblica abbia o meno posto in essere tempestivamente tutte le azioni legali possibili al fine di recuperare le somme di cui è creditrice.

In tal modo, in due sentenze del 2004, le Corti comunitarie hanno annullato, rispettivamente, una decisione della Commissione che riteneva sussistere l'aiuto di Stato – in quanto, a giudizio della Corte, in tale fattispecie le autorità statali avevano esperito senza indugio le azioni concesse

⁸¹ Sentenza della Corte del 29 giugno 1999, causa C-256/97, *DM Transport*, in *Racc.*, 1999, I-3913, punto 19.

dall'ordinamento⁸² - ed un'altra decisiva che escludeva l'applicazione dell'art. 107 TFUE – in quanto, secondo il tribunale, in quella circostanza, le autorità statali non avevano dimostrato la stessa ostinazione⁸³.

Tuttavia, una possibile eccezione alla declaratoria di un aiuto di Stato consiste nella dimostrazione che la misura in questione, nel contesto del mercato di cui si tratta, sia *obiettivamente giustificata* da motivi economici. La questione è stata per la prima volta affrontata dalla Corte nel caso *Van der Kooy*. In questo caso, la Commissione aveva ritenuto che una tariffa preferenziale applicata per l'orticoltura in serra riscaldata nei Paesi Bassi costituisse un aiuto incompatibile con il mercato comune⁸⁴. La Corte ha chiarito che non si sarebbe ricaduti nel campo di applicazione dell'art. 107 TFUE se fosse stato dimostrato: *“che la tariffa preferenziale, nel contesto del mercato di cui trattasi, era obiettivamente giustificata da motivi economici, quali la necessità di lottare contro la concorrenza su questo mercato di altre fonti di energia, il cui prezzo sia competitivo rispetto a quello della fonte di energia considerata. Per valutare la natura effettiva di questa concorrenza, si deve tener conto non solo del livello rispettivo dei prezzi, ma anche dei costi necessari per passare ad una nuova fonte di energia, quali le spese per la sostituzione e per l'ammortamento degli impianti di riscaldamento”*⁸⁵.

Tuttavia, l'analisi della situazione ha portato la Corte ad avallare la posizione della Commissione che aveva ritenuto che la tariffa preferenziale fosse inferiore ai costi necessari per il passaggio al carbone⁸⁶.

⁸² Sentenza della Corte del 14 settembre 2004, causa C-276/02 *Regno di Spagna c. Commissione*, in *Racc.*, 2004, I-8091.

⁸³ Sentenza del Tribunale del 21 ottobre 2004, causa T-36/99, *Lezing c. Commissione*, in *Racc.*, 2004, I-2456.

⁸⁴ Decisione della Commissione del 13 febbraio 1985, n. 85/215, relativa alla tariffa preferenziale del metano a favore degli orticoltori olandesi, in GUCE L 97 del 4 aprile 1985, p. 49.

⁸⁵ Sentenza della Corte del 2 febbraio 1988, cause riunite 67, 68 e 70/85 *Kwekerij Gebroeders Van der Kooy BV c. Commissione*, in *Racc.*, 1988, 00219.

⁸⁶ La Commissione nella propria Comunicazione sull'applicazione delle norme relative agli aiuti di Stato alle misure di tassazione diretta delle imprese, *Cit.*, precisa: *“le misure*

Tuttavia, non sono mancati casi in cui la Commissione e la Corte sono giunte all'opposta conclusione che una tariffa preferenziale possa avere una giustificazione commerciale.

7. La selettività dell'aiuto.

Condizione ugualmente necessaria per la sussistenza di un aiuto è che esso favorisca *talune* imprese o *talune* produzioni, circostanza che si riassume nel presupposto della *selettività*⁸⁷. Non rientrano pertanto nella nozione di aiuto le c.d. *misure generali*, dirette a sostenere non una certa attività o un gruppo di imprese, ma lo sviluppo e l'equilibrio dell'economia nazionale nel suo insieme.

Non si rinviene una specifica definizione della nozione di “misura generale” né nella prassi della Commissione né nella giurisprudenza comunitaria. Ovviamente il requisito della selettività è stato oggetto di valutazione *caso per caso*, ma, in genere, ad esso è stata attribuita una portata ben più ampia rispetto alla nozione di *specificità*, come definita nell'ambito del *World Trade Organization* (WTO). Secondo l'accordo sulle sovvenzioni e le misure compensative del WTO, infatti, una sovvenzione non è reputata specifica quando è basata su criteri o condizioni “*neutri, che non favoriscono talune imprese rispetto ad altre, e che sono di carattere economico e di applicazione orizzontale*”.

Per quanto concerne le misure “apparentemente generali”, al contrario, le Corti comunitarie hanno precisato che il fatto che l'aiuto non si indirizzi ad

fiscali a favore di tutti gli agenti economici che operavano sul territorio di uno Stato membro sono, in linea di principio, misure di carattere generale” (punto 13).

⁸⁷ Con riferimento a questo elemento, preme evidenziare che la *selettività* dell'aiuto, tale da renderlo incompatibile con il mercato interno, sia da individuarsi in quei vantaggi che favoriscono *talune imprese o talune produzioni*, non rientrandovi le misure di carattere generale, applicabili automaticamente ed indiscriminatamente a tutte le imprese di tutti i settori ovvero di un determinato settore. In tal senso, il requisito della selettività è stato addirittura considerato “*criterio guida nella verifica della compatibilità delle norme agevolative con l'ordinamento comunitario (rectius, europeo)*”. Cfr. JAMBRENGHI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario vivente*, in *Riv. it. dir. pubbl. comm.*, n.6, 1998, p.1259.

uno o più beneficiari previamente definiti, ma sia soggetto ad una serie di criteri obiettivi in applicazione dei quali potrà essere concesso a un numero indefinito di beneficiari, non identificati in origine, non basta a mettere in discussione il carattere selettivo della misura. Una circostanza di questo tipo significa che, eventualmente, tale misura non configura un aiuto di Stato *individuale*. Tuttavia, essa non esclude che questo pubblico intervento debba essere analizzato come un *regime di aiuto* costitutivo di una misura selettiva e, pertanto, specifica, se a causa dei suoi criteri di applicazione arrechi un vantaggio a talune imprese o a talune produzioni, con esclusione di altre.

Anche le misure generali *attuate discrezionalmente* dalle amministrazioni nazionali o che diano luogo ad *esiti discriminatori* possono ricadere nel divieto *ex art. 107, co. 1, TFUE*. Secondo la giurisprudenza, infatti, allorché l'ente che concede vantaggi finanziari dispone di un potere discrezionale che gli consente di determinare i destinatari o le condizioni del provvedimento concesso, non si può ritenere che quest'ultimo abbia carattere generale⁸⁸.

Ciò posto, appare necessario descrivere, qui di seguito, le principali applicazioni del criterio della selettività ai sensi dell'art. 107 TFUE.

- a) In presenza di un *aiuto individuale*, il criterio sarebbe di per sé soddisfatto. La Commissione ha ritenuto selettiva anche una *transazione* tra l'amministrazione fiscale di uno Stato membro ed un'impresa individuale.
- b) Sempre secondo la Commissione, il requisito della selettività si considera soddisfatto ove l'aiuto sia erogato a favore di determinate *categorie di imprese*. Tale è il caso, ad esempio, di aiuti concessi a grandi imprese (si veda il cap. III), a PMI, alle imprese

⁸⁸ In questo senso, le sentenze della Corte del 26 settembre 1996, causa C-241/94, *Repubblica francese c. Commissione*, in *Racc.*, 1996, I-4551, punti 23 e 24; *DM Transport*, cit. punto 27 ed *Ecotrade*, cit., punti 39-41.

manifatturiere, alle imprese pubbliche, alle società sportive o ai centri di coordinamento. Una misura è selettiva se favorisce certe imprese, anche soltanto *de facto*⁸⁹.

- c) Anche un *aiuto settoriale* è selettivo, a prescindere dal fatto che la misura si applichi a tutte le imprese del settore “*in maniera indifferenziata*”⁹⁰.
- d) Valutazioni analoghe valgono per gli *aiuti all’esportazione*. Secondo la Corte, tali misure – anche se potenzialmente applicabili – costituiscono aiuti vietati ai sensi dell’art. 107 TFUE, in quanto favoriscono le imprese esportatrici⁹¹.
- e) Gli *aiuti locali o regionali*, in quanto limitati territorialmente, sono per loro natura selettivi. La Commissione e le Corti comunitarie hanno ritenuto selettive anche delle misure fiscali erogate da autorità decentralizzate nel quadro dei loro poteri costituzionalmente riconosciuti⁹².

⁸⁹ Sul punto V. decisione della Commissione del 15 febbraio 1980, relativa al regime di fiscalizzazione parziale sui contributi aziendali dovuti agli enti gestori dell’assicurazione contro le malattie in Italia, in *GUCE* L 264 dell’8 ottobre 1990, 28 e la sentenza della Corte del 1983, causa 203/82, *Commissione c. Repubblica italiana*, in *Racc.*, 1983, 2525, punto 4. In questo caso lo Stato italiano aveva posto in essere una riduzione dei contributi aziendali al regime di assicurazione contro le malattie più elevata per il personale femminile che per personale maschile. La Commissione aveva ritenuto che, in tal modo, *venivano favorite alcune produzioni italiane ad elevato impiego di manodopera femminile* quali, in particolare, i settori del tessile, dell’abbigliamento, delle calzature e del cuoio. Si veda però anche la Decisione del 3 luglio 2001, in *GUCE* C 268 del 22 settembre 2001, 5, con la quale la Commissione ha ritenuto *non costituire aiuto*, bensì misura generale, una riduzione dei costi previdenziali per le imprese belghe che applicassero la durata settimanale di 38 ore.

⁹⁰ Decisione della Commissione dell’11 dicembre 2001, relativa al regime di aiuti di Stato cui l’Italia ha dato esecuzione in favore delle banche, in *GUCE* L 184 del 13 luglio 2002, 27.

⁹¹ Sentenza della Corte del 10 dicembre 1969, cause riunite 6 e 11/69, *Commissione c. Repubblica francese*, in *Racc.*, 1969, 423 e *Repubblica ellenica c. Commissione*, causa 57/86, cit., punto 8.

⁹² Nel caso *Territorio Historico de Guipuzcoa e altri c. Commissione*, sentenza del 23 ottobre 2002, cause riunite T-269, T-271 e T-272/99, in *Racc.*, 2002, II-4217, i ricorrenti avevano sostenuto che la decisione della Commissione rimettesse in questione l’autonomia fiscale dei paesi Baschi. Il Tribunale non ha accolto tale argomentazione (punti 55 e 56).

f) Infine, la Commissione considera selettive quelle misure che si applico soltanto ad imprese create *a partire da una certa data*, in quanto discriminatorie nei confronti delle imprese già esistenti⁹³.

Non esclude certamente il carattere selettivo della misura il fatto che questa sia volta ad agevolare determinati settori soltanto “a titolo sperimentale”, non rilevando il fatto che la stessa sia destinata ad essere estesa a tutti i settori industriali in un secondo momento. In un caso del genere, infatti, la Commissione ritiene “*che ci si trovi di fronti ad un intervento puntuale volto a risolvere problemi non meno congiunturali*”.

Nella pratica, non è infrequente che ai fini della verifica del requisito della selettività, la Commissione attribuisca rilevanza alle *intenzioni dello stato regolatore*, desunte dalla relazione alla legge, dal dibattito parlamentare o anche da dichiarazioni rivolte alla stampa da ministri o altri esponenti governativi.

La Corte di Giustizia ha statuito che costituiscono aiuto di Stato le misure dirette ad esonerare – totalmente o parzialmente – alcune imprese dagli oneri pecuniari derivanti dalla normale applicazione del sistema generale “*senza che l’esonero sia giustificato dalla natura o dalla struttura di tale sistema*”⁹⁴. In altri termini, non vi sarebbe aiuto nei casi in cui una misura, anche selettiva, sia giustificata dalla natura o dalla struttura del sistema e, dunque, persegua un obiettivo legittimo.

Da ultimo, è necessario richiamare un recente caso in materia di aiuti di Stato, proprio con specifico riferimento al criterio della selettività, ovvero la Sentenza *Paint Graphos*⁹⁵. Qui la Corte di Lussemburgo, nell’interpretare il requisito della selettività di una misura nazionale al fine di sussumerla nella nozione comunitaria di aiuto di Stato, ha stabilito per la prima volta la

⁹³ Decisione della Commissione dell’11 luglio 2001, relativa al regime degli aiuti di Stato applicato dalla Spagna a favore di talune imprese di recente creazione nella provincia di Guipuzcoa, in *GUCE* L 174 del 4 luglio 2002, 31.

⁹⁴ Sentenza della Corte *Repubblica italiana c. Commissione*, causa 173/73, *cit.*

⁹⁵ Si tratta di una sentenza non ancora pubblicata in *Racc.*

possibile incompatibilità tra imprese sulla base soltanto della sua forma giuridica⁹⁶; con la conseguenza che la misura indirizzata soltanto ad imprese incomparabili con altre, potendo essere qualificata come non selettiva, non sarebbe sussumibile all'interno dell'art. 107, par. 1, TFUE.

Più precisamente, la sentenza *Paint Graphos* è arrivata alla conclusione che le cooperative perseguenti “realmente una finalità mutualistica” (punto 61) non si trovano “in una situazione di fatto e di diritto analoga a quella delle società commerciali” (punto 62) e pertanto la misura indirizzata unicamente alle prime, non potendo qualificarsi come selettiva, non costituisce un aiuto di Stato ai sensi dell'art. 107, par. 1, TFUE.

La sentenza *Paint Graphos* perviene alla conclusione appena riportata attraverso i seguenti passaggi argomentativi.

In primo luogo, sono vere cooperative solo quelle “rette da principi di funzionamento peculiari, che le differenziano nettamente dagli altri operatori economici” (punto 55).

In secondo luogo, questi principi peculiari sarebbero stati recepiti sia dal legislatore comunitario nel Regolamento SCE, sia dalla Commissione europea nella Comunicazione 2004 (punti 55 e 62).

In terzo luogo, i tratti caratteristici delle vere cooperative sarebbero i seguenti: (i) in coerenza con la centralità di questo modello imprenditoriale del “principio della preminenza della persona”, si dovrebbe predisporre la disciplina in tema “di ammissione, di recesso e di esclusione dei soci”, le attività della cooperativa dovrebbero essere “finalizzate (...) al reciproco vantaggio dei loro soci, i quali sono al tempo stesso utilizzatori, clienti o fornitori, affinché ciascuno di essi possa trarre profitto dall'attività della cooperativa in base alla propria partecipazione nella medesima e in

⁹⁶ Tra i molteplici commenti alla sentenza in parola, si segnalano: SCHON, *State aid in the area of taxation*, in Hancher - Ottervanger, & P. J. Slot (Eds.), *EU State Aid*, London: Sweet & Maxwell, 2012, p. 356; CONTARINO, *Cooperative e società di capitali: la decisione della Corte UE*, in *Cooperative e Consorzi*, 10/2011, p. 5 ss.; LANG, *State Aid and Taxation: Recent Trends in the Case Law of ECJ*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2/2012, p. 413.

proporzione alle proprie transazioni con tale società” e la cooperativa dovrebbe operare “nell’interesse economico” dei propri soci cooperatori e con costoro dovrebbe intrattenere “una relazione non puramente commerciale, bensì personale particolare, in cui essi siano attivamente partecipi e abbiano diritto ad un’equa ripartizione dei risultati economici”⁹⁷; (ii) il controllo della cooperativa dovrebbe essere <<equamente ripartito tra i soci, rispecchiando quindi la regola “una persona, un voto”>>; (iii) durante l’esistenza della cooperativa le sue riserve dovrebbero essere indivisibili e destinate “all’interesse comune dei soci”; (iv) “in caso di liquidazione l’attivo netto e le riserve dovrebbero essere devolute ad un’altra cooperativa avente finalità o obiettivi di interesse generale analoghi”; (v) le partecipazioni sociali emesse dalla cooperativa non dovrebbero essere liberamente negoziabili e pertanto alle stesse dovrebbe essere preclusa la negoziazione dei mercati regolamentati; (vi) la remunerazione finanziaria degli investimenti in una cooperativa dovrebbe essere limitata e comunque “nettamente inferiore” a quella offerta dalle società di capitali.

In quarto luogo, il giudice nazionale dovrà accertare se la cooperativa che sia parte in causa abbia tutte le caratteristiche tratteggiate nella sentenza *Paint Graphos*. Questa verifica sarà, pertanto, condotta in base al diritto sull’organizzazione della cooperativa secondo la giurisprudenza della CGUE, la misura applicata a detta parte non potrà essere qualificata come aiuto di Stato, non essendo selettiva.

⁹⁷ Si precisa che dalle considerazioni di cui sopra non si può trarre la conclusione secondo la quale la Sentenza *Paint Graphos* imporrebbe alle cooperative di lavoro di avvalersi solo delle prestazioni dei loro soci per poter essere incompatibili con le società di capitali e, pertanto, per poter essere trattate fiscalmente in modo differente da tali società senza incorrere nella violazione dell’art. 107, par.1, TFUE. Al contrario, questa decisione potrebbe semmai dimostrare che una cooperativa non è comparabile con una società di capitali se, tra gli altri requisiti, esercita la propria attività economica avvalendosi prevalentemente del lavoro dei propri cooperatori-lavoratori; in effetti, la disposizione oggetto di interpretazione (art. 11 d.P.R. 29 settembre 1973, n. 601) riconosce delle agevolazioni fiscali a cooperative di lavoro i cui costi complessivi siano per almeno il 40% costituiti dalle retribuzioni corrisposte ai loro soci.

Infine, il giudice nazionale, nell'ipotesi in cui invece non qualificherà la parte in causa come vera cooperativa dovrà ritenere processualmente provato che la misura sotto scrutinio “sia, da un lato, inerente ai principi fondamentali del sistema impositivo vigente nello Stato membro interessato e, dall'altro, conforme ai principi di coerenza⁹⁸ e di proporzionalità⁹⁹”.

Dalle argomentazioni appena esposte emerge con assoluta evidenza il possibile impatto della Sentenza Paint Graphos sulla Commissione europea, sugli Stati membri dell'Unione e, in prospettiva, su legislatore comunitario.

Sulla Commissione in ragione del fatto che la sentenza in commento introduce dei principi giuridici che, benché direttamente vevoli nelle sole cause da cui è originato il rinvio pregiudiziale, illuminano il rapporto tra il diritto comunitario degli aiuti di Stato e tutto il diritto cooperativo, a prescindere dal settore economico o dallo scambio mutualistico delle cooperative regolate. La Commissione, quindi, non potrà non rispettare la Sentenza Paint Graphon, poiché altrimenti rischierà l'annullamento della propria prossima decisione per contrasto con il diritto UE, così come è stato interpretato dalla CGUE.

Sugli stati membri in ragione del fatto che, se vogliono trattare le cooperative diversamente dalle altre forme di impresa con al sicurezza di non violare il diritto UE in materia di aiuti di Stato, dovranno farlo

⁹⁸ Così spiegato al punto 74 della Sentenza Paint Graphos: “ spetta quindi allo Stato membro interessato realizzare e far applicare procedure di controllo e di vigilanza opportune al fine di garantire la coerenza delle specifiche misure fiscali introdotte a favore delle società cooperative con la logica e la struttura generale del sistema tributario ed evitare che enti economici scelgano questa specifica forma giuridica esclusivamente al fine di godere delle agevolazioni in materia d'imposte previste per siffatto tipo di società. Spetta al giudice del rinvio verificare se tale condizione sia soddisfatta nella causa principale”.

⁹⁹ Il suddetto principio è illustrato al punto 75 della Sentenza Paint Graphos nel seguente modo: “affinché esenzioni fiscali come quelle di cui alle cause principali possano essere giustificate in base alla natura o alla struttura generale del sistema tributario dello Stato membro interessato, è inoltre necessario garantire che siano conformi al principio di proporzionalità e non eccedano i limiti di ciò che è necessario, nel senso che il legittimo obiettivo perseguito non potrebbe essere raggiunto attraverso misure di portata minore”.

richiedendo alle cooperative trattate diversamente di avere le caratteristiche tratteggiate nella Sentenza per essere qualificate come vere cooperative¹⁰⁰. Tali caratteristiche devono essere tradotte nelle legislazioni nazionali con una certa flessibilità, come suggerisce la stessa Commissione nella Comunicazione 2004 e come agì, peraltro, nel 2003 il legislatore comunitario con Regolamento SCE. Sicché una cooperativa potrà essere vera anche se avrà soci mossi da un interesse amutualistico (soci finanziatori), magari aventi singolarmente più voti (derogandosi, quindi, al voto capitario), a condizione che il governo societario della cooperativa sia saldamente nelle mani dei soci mossi da un interesse mutualistico.

Sul legislatore comunitario in ragione del fatto che l'auspicata riforma del Regolamento SCE potrebbe essere concepita proprio avendo tra i principali obiettivi non solo la semplificazione della disciplina e la riduzione di rinvii alle legislazioni nazionali, ma anche l'individuazione di almeno due modelli di cooperativa, uno dei quali rispettoso anche delle caratteristiche enunciate nella Sentenza Paint Graphos. Qualora quest'ultimo obiettivo venisse perseguito, avrebbe l'indubbio beneficio di dare certezza giuridica circa le cooperative da ritenersi incomparabili con le altre società e pertanto legittimate a essere trattate diversamente dagli Stati membri senza che costoro possano essere accusati di aver violato l'art. 107, par. 1, TFUE. In effetti, il modello di vera cooperativa, se normato nella nuova versione del Regolamento SCE, diverrebbe un parametro (quasi) certo per i legislatori nazionali nell'ipotesi in cui costoro decidessero di disciplinare a loro volta un modello nazionale di vera cooperativa, al fine di riconoscere alle società conformi a quest'ultimo modello un diverso trattamento.

Nel chiudere questo paragrafo una precisazione è quanto mai necessaria, a riprova dell'importanza della decisione in discussione.

¹⁰⁰ SARTI, *L'analisi della Corte di giustizia CE sul regime fiscale delle cooperative di produzione e lavoro*, in *Giur. Comm.*, 2012, II, p.614.

La Sentenza Paint Graphos non consolida, deduce o induce regole giuridiche dall'attuale diritto UE sulle cooperative, atteso che le caratteristiche delle vere cooperative individuate dai giudici di Lussemburgo non tratteggiano il modello di cooperativa ricavabile dalla Comunicazione 2004 e/o dal Regolamento SCE. La Sentenza, invece, crea nuovo diritto UE, chiarendo all'Unione europea e ai suoi Stati membri sia che alla vera cooperativa deve corrispondere un modello sufficientemente determinato d'impresa, sia che il particolare trattamento riconoscibile alla vera cooperativa dipende dal fatto che essa è un'organizzazione imprenditoriale imperniata attorno al "principio della preminenza della persona" (punto 56); principio che dovrebbe essere attuato dalla stessa Unione Europea e dai suoi Stati membri.

8. (Segue) La distorsione della concorrenza intracomunitaria e l'incidenza sugli scambi tra gli Stati membri. L'importanza dell'analisi economica.

Un altro presupposto che deve sussistere affinché un intervento dello Stato, in favore di talune imprese o talune produzioni, possa costituire un aiuto *ex art. 107 TFUE* è che lo stesso falsi o minacci di falsare la concorrenza e che, al tempo stesso, incida sugli scambi tra Stati membri.

Questi due criteri ricavabili dalla lettera del TFUE sono considerati dalla giurisprudenza *intrinsecamente e reciprocamente legati* tra loro.

Da un alto, secondo la Corte, laddove un aiuto finanziario concesso da uno Stato membro rafforzi la posizione di un'impresa nei confronti di altre imprese concorrenti negli scambi intracomunitari, questi sono da considerarsi influenzati dall'aiuto ¹⁰¹. Dall'altro lato, il Tribunale ha precisato come, in presenza di un aiuto che abbia un'incidenza effettiva

¹⁰¹ L'art. 101 TFUE sancisce l'incompatibilità con il mercato comune e vieta tutti gli accordi tra imprese che *possano pregiudicare il commercio tra Stati membri* e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o *falsare il gioco della concorrenza* all'interno del mercato comune.

sugli scambi, la commissione non sia tenuta a dimostrare che l'aiuto in questione abbia falsato o minacciato di falsare la concorrenza.

In realtà è opportuno precisare che i requisiti sopra richiamati sono soltanto nominalmente simili a quelli previsti dall'art. 101 TFUE, posto che diverse sono le finalità perseguite dall'art. 107 TFUE.

Ciò non toglie che la disciplina dell' "aiuto" è un capitolo della concorrenza e che, come tale, riguarda essenzialmente le imprese ed i vantaggi indebiti che talune di quelle possono trarre da interventi legislativi, notificati o non, che siano considerati dalla stessa Commissione (l'unica che ne ha la competenza) illegittimi o incompatibili. Dunque, non si tratta di una fattispecie che si esaurisce fra uno stato e la Commissione, ma di una situazione complessa cui partecipano necessariamente quelle imprese che l'atto statale favorisce, "falsando o minacciando di falsare la concorrenza", a danno di altre imprese che a loro volta sono parti attive della fattispecie. Non si tratta, pertanto, di temi di interesse soltanto macroeconomico se, poi, vengono disciplinati dal TFUE al livello delle regole di concorrenza in un confronto fra la situazione sostanziale delle imprese beneficiarie dei presunti aiuti e quella delle non beneficiarie; confronto che, per sua natura, non è proponibile in astratto, ma necessita di un riferimento al *mercato o ai mercati rilevanti* secondo le normali regole che presidiano l'applicazione della disciplina comunitaria della concorrenza¹⁰².

Eppure, a differenza di quanto avviene in materia di abuso di posizione dominante e di controllo delle concentrazioni, la *definizione del mercato rilevante* effettuata dalla Commissione nella valutazione di un aiuto non poggia su approfondite analisi di mercato. Mentre, il *mercato rilevante del prodotto* è definito in base alle classificazioni PRODCOM¹⁰³, il *mercato geografico rilevante* è pressoché automaticamente identificato con lo

¹⁰² EBNER - GAMBARO, *Op. Cit.*, p.36.

¹⁰³ Si veda il Regolamento n. 3924/91 del Consiglio, del 19 dicembre 1991, relativo ad un'indagine comunitaria sulla produzione industriale, in *GUCE* L 374 del 31 dicembre 1991.

Spazio Economico Europeo. In tal modo, l'effetto dell'aiuto sulla posizione concorrenziale del beneficiario non è quasi mai analizzato. Del resto, la Commissione, nella propria *Comunicazione sulla definizione del mercato rilevante*, si limita ad affermare: “nella valutazione sugli aiuti di Stato, l'analisi si incentra sul beneficiario dell'aiuto e sull'industria o sul settore in cui questi opera piuttosto che sull'individuazione dei vincoli concorrenziali ai quali il beneficiario dell'aiuto è soggetto”¹⁰⁴.

Nonostante le Corti comunitarie abbiano avallato tale approccio, negli ultimi anni, il Tribunale ha posto (finalmente) l'accento sull'importanza della definizione del mercato anche in materia di aiuti di Stato, annullando una decisione della commissione in quanto quest'ultima non aveva effettuato le dovute indagini per l'individuazione del mercato rilevante¹⁰⁵.

Il criterio della *distorsione della concorrenza* previsto dall'art. 107 TFUE, secondo la Commissione, implica un'analisi dei mercati sostanzialmente orientata al fine di individuare la sussistenza dei concorrenti che beneficino dell'aiuto, con la paradossale conseguenza che l'unica ipotesi in cui sia possibile ritenere l'assenza della distorsione della concorrenza finisce per essere quella in cui non esistono nel mercato comune prodotti o servizi identici o sostituibili a quelli del beneficiario¹⁰⁶.

Pertanto, il requisito della distorsione della concorrenza viene ad essere in tal modo *sostanzialmente presunto*. Seguendo questo approccio, in numerosi casi, le Corti comunitarie si sono accontentate di una sommaria

¹⁰⁴ *Comunicazione della Commissione sulla definizione del mercato rilevante ai fini dell'applicazione del diritto comunitario in materia di concorrenza*, in GUCE C 372 del 9 dicembre 1997, 5, nota 1. Sempre secondo la Commissione, la nozione di mercato rilevante ed il conseguente approccio economico possono essere utilizzati come base per l'analisi dei casi relativi ad aiuti di stato soltanto laddove si presenti, in relazione ad un caso specifico di aiuto, una questione relativa al potere di mercato.

¹⁰⁵ Sentenza del Tribunale del 28 febbraio 2002, causa T-155/98, *SIDE c. Commissione*, in *Racc.*, 2002, II-1179, punto 71.

¹⁰⁶ Particolarmente interessanti appaiono in tal senso le (datate) conclusioni dell'Avvocato generale Capotorti del 17 settembre 1980, causa 730/79, *Philip Morris Holland BV c. Commissione*, in *Racc.*, 1980, 2671.

motivazione della Commissione al riguardo¹⁰⁷. Ad esempio, nella decisione *Imepiel*, la Commissione si è limitata a constatare che, poiché il mercato era orientato più sui prezzi che sul volume, l'aiuto finanziario concesso avrebbe avuto necessariamente un notevole effetto negativo sulla concorrenza¹⁰⁸.

Un diverso orientamento giurisprudenziale si rinviene nella sentenza *Sardegna Lines*, con la quale la Corte ha annullato una decisione della Commissione per non aver quest'ultima fornito il minimo elemento relativo alla concorrenza tra le compagnie marittime sarde e quelle stabilite negli Stati membri diversi dall'Italia. Infatti, secondo la Corte, la Commissione aveva altresì omissso di prendere in considerazione il fatto che, fino al 1° gennaio 1999, il cabotaggio con le isole del Mediterraneo era *escluso dalla liberalizzazione* dei servizi di trasporto marittimo all'interno degli Stati membri¹⁰⁹.

La scarsa attenzione dedicata dalla Commissione all'impatto concorrenziale degli aiuti di Stato è stato oggetto di critica anche da parte dell'OCSE:

“The Eu approach, because it does not focus directly on competition, may label as state aid some forms of benign assistance and may not label as state aid some forms of assistance, which are inefficient. For example, an exemption on petrol taxes for a producer in a country with high petrol taxes who competes in an international market may not have a distorting effect on competition, yet might be labelled a state aid (...) Conversely low

¹⁰⁷ V. sentenze della corte dell'8 marzo 1988, cause riunite 62 2 72/87, *Executif Regional Wallon c. Commissione*, in *Racc.*, 1988, 1573, punti 17 e 18 e *Philips Morris c. Commissione*, *cit.*, punti 9 e 12 nonché le sentenze del Tribunale del 30 aprile 1998, causa T 214/95, *Vlaams Gewest c. Commissione*, in *Racc.*, 1998, II-717, punto 67; *CETM c. Commissione*, *cit.*, punto 102 e del 6 marzo 2002, cause riunite T-92/00 e T-103/00, *Territorio Historico de Alava e altri c. Commissione*, in *Racc.*, 2002, II-1385.

¹⁰⁸ Decisione della Commissione 92/318 del 25 marzo 1992, relativa agli aiuti concessi dalla Spagna alle “*Industrias Mediterraneas de la Piel SA*” (*Imepiel*), in *GUCE L* 172 del 27 giugno 1992, 76.

¹⁰⁹ Sentenza della Corte del 19 ottobre 2000, cause riunite C-15/98 e C-105/99, *Repubblica italiana e Sardegna Lines S.p.A. c. Commissione*, in *Racc.*, 2000, I-8855, punti 68-69.

interest loans for capital investment which applies to all firms in a small economy may nevertheless distort competition in the market in which the firms operate. In addition, the Commission cannot question whether to grant aid is the best way of achieving the underlying public policy objective”¹¹⁰.

La critica è condivisa anche dall’*Office of Fair Trading*:

“The European State aid rules should be improved to take better account of the potential for competition distortions to arise. We support the current review insofar as this results in guidelines that a more rigorous economic basis”¹¹¹.

Tali critiche, potrebbero essere superate laddove la Commissione non si limitasse alla verifica della selettività della misura, ma esaminasse anche la sussistenza di un significativo potere di mercato in capo al beneficiario dell’aiuto ovvero di un nesso causale tra la selettività e la distorsione della concorrenza, d’altra parte questo orientamento è confermato anche dalla dottrina più recente e dal WTO¹¹².

Un approccio di questo tipo ha ricevuto un primo avallo da parte del Tribunale di primo grado in una recente sentenza: pur non ribadendo che non spetta all’Esecutivo comunitario procedere ad un’analisi economica del mercato in questione, ciò nondimeno i giudici comunitari hanno annullato una decisione per mancanza di nesso tra i principi enunciati nella stessa ed i dati ivi riportati¹¹³. In quel caso il Tribunale ha rilevato che la mera constatazione della partecipazione della società beneficiaria dell’aiuto agli scambi intracomunitari non basta a dimostrare l’incidenza sugli scambi medesimi o la distorsione della concorrenza: di conseguenza, una motivazione generica, basata sul mero richiamo di principi

¹¹⁰ V. documento *Competition Policy in Subsidies and State Aid* del 12 novembre 2001, p. 10, disponibile sul sito www.oecd.org.

¹¹¹ V. il documento *Public Subsidies* del novembre 2004, p. 31, disponibile sul sito www.ofi.gov.uk.

¹¹² RUBINI, *Op. Cit.*, p. 90 ss.

¹¹³ V. sentenza del Tribunale di primo grado del 6 settembre 2006, cause riunite T-304/04 e T-316/04, *Repubblica italiana e Wam S.p.A. c. Commissione*, in *Racc.* 2007, I-2245.

giurisprudenziali e sulla circostanza che non possono escludersi effetti sugli scambi o sulla concorrenza, non può più ritenersi sufficiente.

Inoltre, né dal testo del Trattato né dalla prassi della Commissione e delle Corti comunitarie emerge una definizione o una specifica quantificazione dell'aiuto in grado di *incidere sugli scambi tra Stati membri*. La stessa Corte ha ammesso che non esiste una soglia o una percentuale al di sotto della quale si possa ritenere che gli scambi tra Stati membri non siano stati pregiudicati.

Come il criterio della distorsione della concorrenza, anche quello relativo all'incidenza sugli scambi è stato interpretato dalla Commissione e dai giudici comunitari in maniera assai ampia.

Dalla casistica emerge che l'entità relativamente esigua di un aiuto, le dimensioni relativamente modeste dell'impresa beneficiaria o la dimensione locale delle attività di quest'ultima non escludono *a priori* l'eventualità che vengano influenzati gli scambi tra Stati membri¹¹⁴. Ad esempio, anche un aiuto di entità relativamente ridotta può incidere sugli scambi fra Stati membri qualora il settore nel quale opera l'impresa che ne fruisce sia altamente concorrenziale oppure qualora lo stesso settore sia caratterizzato da sovraccapacità produttiva. Ancora, secondo la Corte, quando un settore è caratterizzato da un elevato numero di piccole imprese, un aiuto, anche modesto sul piano individuale, ma potenzialmente a disposizione di tutte le imprese del settore, o di una loro amplissima parte, può avere ripercussioni sugli scambi tra Stati membri¹¹⁵. Persino un aiuto

¹¹⁴ Sentenza del Tribunale *Vlaams Gewest c. Commissione*, cit., punti 48-49 e la giurisprudenza ivi citata. Secondo il Tribunale, la Commissione deve guardare anche agli *effetti prevedibili*, al momento dell'erogazione dell'aiuto, sulla concorrenza e sugli scambi intracomunitari: cfr., la sentenza del Tribunale del 6 luglio 1995, cause riunite T-447/93, T-448/93 e T-449/93, *AITEC ed altri c. Commissione*, punti 139-141.

¹¹⁵ Sentenza della Corte del 21 luglio 2005, causa C-71/04, *Administracion del Estado c. Xunta de Galicia*, in *Racc.*, 2005, I-7419, punto 43.

all'esportazione verso paesi terzi è considerato in grado di incidere sugli scambi intracomunitari¹¹⁶.

Sono eccezionali i casi in cui il criterio dell'incidenza sugli scambi sia stato considerato non soddisfatto. E tali casi attengono ad aiuti di scarsa entità concessi ad imprese che operano in settori che non partecipano al commercio transfrontaliero oppure del tutto esterni all'Unione Europea.

Ciò posto, in conclusione, si può affermare che, in materia di aiuti di Stato, l'incidenza sul commercio si presume a meno che:

- i. *l'aiuto sia de minimis*. Ai sensi del Regolamento di esenzione per categoria n. 69/2001, gli aiuti non eccedenti un massimale di 100.000 euro su un periodo di tre anni non incidono sugli scambi tra gli Stati membri, non falsano né minacciano di falsare la concorrenza e, pertanto, non rientrano nel campo di applicazione dell'art. 107, par. 1, TFUE. Peraltro, di recente la Commissione ha presentato un progetto di Regolamento in base al quale a partire dal 1° gennaio 2007 la soglia "*de minimis*" verrebbe portata a 200.000 euro nell'arco di tre esercizi finanziari¹¹⁷;
- ii. *la misura incida soltanto sul commercio nazionale*;
- iii. *la situazione sia interamente extracomunitaria*;

E' necessario precisare che anche l'approccio della Commissione in materia di incidenza sugli scambi è criticabile da un punto di vista economico. Infatti, un aiuto è in grado di produrre effetti negativi sulla concorrenza

¹¹⁶ Sul punto, in particolare, si veda la sentenza della Corte *Tubemeuse*, cit., punti 32 e 38. In quel caso, l'obiettivo dichiarato della Tubemeuse – le cui esportazioni costituivano il 90% circa del fatturato – era quello di orientarsi, grazie agli aiuti concessi, verso altri mercati. Era, quindi, ragionevole prevedere un nuovo orientamento delle attività della Tubemeuse verso il mercato interno comunitario.

¹¹⁷ Progetto di Regolamento pubblicato sul sito *internet* della Commissione in data 20 settembre 2006. Tale progetto di Regolamento è stato pubblicato al termine della consultazione pubblica lanciata dalla Commissione nel settembre 2005 sulla riforma della politica degli aiuti di Stato. Il documento finale di tale consultazione "*Results of the consultation on the State Aid Action Plan Detailed summary*" del 9 febbraio 2006 è pubblicato nel medesimo sito *internet*.

soltanto se l'ambito geografico rilevante non è nazionale e se il mercato non è perfettamente concorrenziale.

E' perfino evidente che l'attuale prassi comunitaria è sotto questo profilo insoddisfacente. Una soluzione migliorativa potrebbe risiedere nel pretendere un rafforzamento dell'analisi economica da parte della Commissione, con particolare riguardo alla definizione di mercato rilevante. Una soluzione radicale, improbabile, richiedendo la modifica degli artt. 107 e 108 del TFUE, potrebbe limitare la competenza della Commissione agli aiuti di Stato che incidano in modo significativo sugli scambi tra gli Stati membri; lasciando la valutazione degli aiuti che incidono sulla concorrenza in uno Stato membro, ma che non siano in grado di generare *negative spillovers* per altri Stati membri, alle autorità nazionali indipendenti.

Giova ricordare che, nel febbraio 2004, la DG Concorrenza ha pubblicato due progetti di comunicazioni volti ad alleggerire il lavoro della Commissione: i) l'uno, relativo agli *aiuti di stato di ammontare limitato* e ii) l'altro, relativo agli *aiuti di Stato aventi un'incidenza limitata sugli scambi*. Quest'ultimo prevede, tra l'altro, un elenco di settori di attività non aventi, per loro natura, significativi effetti *cross-border*. Le misure statali per ipotesi ricomprese dalle comunicazioni (contrariamente alla regola *de minimis*), in ogni caso, sono da considerarsi "aiuti" ai sensi dell'art. 107, par. 1, TFUE e, quindi, soggette a notifica preventiva. La Commissione si limita ad ipotizzare una procedura semplificata (*fast-track*) per tali misure. Sembra, per altro, che la Commissione intenda sopassedere dall'emanazione di tali comunicazioni dal momento che, nella recente proposta di riforma in materia, prospetta soltanto un innalzamento della soglia *de minimis*¹¹⁸.

¹¹⁸ Si tratta del *Piano di azione nel settore degli aiuti di Stato* del 7 giugno 2005, COM (2005) 107 def. Alcuni operatori hanno, in ogni caso, auspicato un *fast-track system* per specifiche forme di aiuto, quali ad esempio quelli riguardanti attività prevalentemente svolte a livello locale o del tutto esterne alla Comunità.

Nel *piano di azione nel settore degli aiuti di Stato* la Commissione dichiara di volersi avvalere di analisi economiche e giuridiche, sia per determinare se una misura costituisca un aiuto di Stato (ad esempio: applicazione del principio dell'investitore operante in un'economia di mercato o valutazione della giustificazione di determinate misure tramite la natura o l'impianto generale del sistema fiscale) sia per determinare se un aiuto di Stato possa essere dichiarato compatibile con il TFUE.

Con riferimento all'analisi della compatibilità di una misura con il mercato comune, la Commissione afferma di soppesare gli effetti positivi della misura (quale, ad esempio, il conseguimento di un obiettivo di comune interesse) e gli effetti potenzialmente negativi (come la distorsione degli scambi e della concorrenza). E', inoltre, interessante notare come la Commissione sia intenzionata a *rafforzare l'approccio economico all'analisi degli aiuti di Stato*, al fine di contribuire nel miglior modo possibile alla crescita economica ed all'occupazione.

La Commissione, infatti, dichiara:

*“il maggior ricorso ad un approccio economico più preciso consente una valutazione corretta e più trasparente delle distorsioni della concorrenza e degli scambi determinate dalle misure di aiuto. Questo approccio permette anche di analizzare le cause dell'incapacità del mercato di conseguire da solo gli obiettivi di comune interesse auspicati e di valutare quindi i vantaggi offerti dagli aiuti di Stato per il loro conseguimento”*¹¹⁹.

A tale riguardo, un elemento essenziale è costituito dall'*analisi dei fallimenti del mercato* (esternalità, asimmetrie informative, problemi di coordinamento) che possono costituire le ragioni dell'incapacità del mercato di conseguire gli obiettivi di comune interesse auspicati, in particolare se di natura economica. L'esatta individuazione del relativo fallimento del mercato consente in questi casi di valutare più correttamente

¹¹⁹ V. il citato *Piano di azione nel settore degli aiuti di Stato* del 7 giugno 2005, COM (2005) 107 def., punto 22.

se l'aiuto di Stato possa essere giustificato e accettabile, se rappresenti la soluzione più idonea e in che modo debba essere attuato per conseguire l'obiettivo auspicato senza falsare la concorrenza e gli scambi in misura contraria al comune interesse.

In definitiva, la proposta di rafforzare l'approccio economico è stata accolta con favore dagli operatori: 69 di essi hanno concordato con l'introduzione del criterio del "fallimento di mercato", 26 di essi hanno auspicato il ricorso anche ad altri criteri (come quelli di mercato rilevante, efficienza, proporzionalità ecc.). Infine, 31 operatori hanno espressamente richiesto alla Commissione che vengano meglio definite alcune nozioni – quali quelle di "investitore privato", "vantaggio", "incidenza sugli scambi" e "distorsione della concorrenza" – identificate come le fonti principali di incertezza giuridica¹²⁰.

9. Alcuni aspetti problematici.

Nei paragrafi precedenti è stata individuata la disciplina in materia di aiuti di Stato, le caratteristiche di queste misure ed, infine, è stata accennata anche la linea di azione della Commissione.

A questo punto, è necessario soffermarsi su alcuni profili di complessità che attengono alla disciplina in commento ed, in particolare, al tipo di approccio seguito dalla Commissione.

Innanzitutto, nel campo degli aiuti la Commissione è ferma ad una valutazione di tipo "formalistica". L'analisi, in altre parole, si risolve in un sillogismo fondato sulla lettera della legge. Quindi, di analisi economica, di verifica volta ad accertare che una restrizione concorrenziale derivi effettivamente o possa derivare da quell'aiuto, nemmeno l'ombra.

Il caso che ancora oggi rappresenta il punto di riferimento essenziale in materia è quello degli aiuti del governo dei Paesi Bassi a favore della filiale neerlandese della *Philips Morris*, affinché essa potesse chiudere uno

¹²⁰ EBNER - GAMBARO, *Op. Cit.*, p. 43.

stabilimento e concentrare la propria produzione su di un diverso centro produttivo, sempre all'interno del territorio dei Paesi Bassi. La *Philips Morris*, ricorrente avverso la decisione della Commissione che accertava l'incompatibilità con il Trattato del finanziamento che i Paesi Bassi si accingevano a concederle, sostenne che la Commissione avrebbe dovuto valutare la sussistenza della distorsione concorrenziale nel medesimo modo in cui essa vuole procedere in materia di intese e di abusi di posizione dominante: attraverso la definizione del mercato rilevante, quale area nella quale le imprese interessate competono e pertanto i comportamenti anticoncorrenziali si risentono, e la valutazione, all'interno di quel mercato, dell'effettiva ripercussione anticoncorrenziale dell'aiuto erogato.

Ebbene, l'Avvocato Generale Capotorti, nelle sue conclusioni, considerò:

*“E' lecito, dunque, partire dalla presunzione che un qualsiasi aiuto pubblico concesso ad un'impresa falsa la concorrenza – o minaccia di falsarla, se l'aiuto è solo progettato e non ancora concesso -, a meno che non sussistano circostanze eccezionali”*¹²¹.

La Corte ha seguito una direzione di pensiero non del tutto coincidente con quella pocanzi descritta, nel senso che sovrappone la distorsione della concorrenza al pregiudizio al commercio tra Stati membri. Un esempio di tale sovrapposizione tra elemento della restrizione concorrenziale e quello del pregiudizio al commercio tra Stati membri, si trova nel caso *Francia c. Commissione*¹²² ove, tra l'altro, la produzione avvantaggiata era destinata unicamente allo Stato membro di appartenenza, onde ripercussioni negli

¹²¹ Sentenza della Corte del 19 settembre 1980, *Philips Morris Holland BV c. Commissione*, causa 730/79, in *Racc.*, 1980, p. 2671, conclusioni dell'Avvocato Generale Capotorti, p. 2698. L'AG fece riferimento alle precedenti conclusioni dell'AG Warner nella sentenza della Corte del 2 luglio 1974, *Italia c. Commissione*, causa 173/73, in *Racc.*, 1973, p. 709, il quale tuttavia si era fermato al punto di considerare che “allorché è evidente che la conseguenza naturale della concessione di un aiuto ad un'industria in uno Stato membro deve essere quella di aumentare la competitività di detta industria rispetto alle imprese concorrenti negli altri Stati membri, credo che si possa trarre la conclusione che l'aiuto falsa (o falserebbe eventualmente) la concorrenza ed ostacola gli scambi tra gli Stati membri”.

¹²² Sentenza della Corte del 13 luglio 1988, causa 102/87, in *Racc.*, 1988, p. 4067.

scambi comunitari erano difficilmente ipotizzabili. In tal caso, infatti, la Corte obiettò che:

“un aiuto ad un’impresa può essere idoneo ad incidere sugli scambi tra gli Stati membri ed a falsare la concorrenza anche se quest’impresa si trova in concorrenza con prodotti provenienti da altri Stati membri senza partecipare essa stessa alle esportazioni. Una situazione simile può presentarsi anche quando non ci sia eccesso di capacità nel settore di cui trattasi. Infatti, quando uno Stato membro concede un aiuto ad un’impresa, la produzione interna può risultarne invariata o aumentare, con la conseguenza che, nelle condizioni quali quelle accertate dalla Commissione, la possibilità delle imprese con sede in altri Stati membri di esportare i loro prodotti nel mercato di questo Stato membro ne sono diminuite. Un aiuto siffatto è quindi idoneo ad incidere sul commercio tra Stati membri ed a falsare la concorrenza”¹²³.

Tale giurisprudenza, sebbene risalente e fortemente legata ad un rigido formalismo, viene tutt’ora invocata dalla Corte come criterio di valutazione dell’elemento della restrizione concorrenziale. Infatti, in una sua recente pronuncia, la Corte ha considerato che: *“allorché un aiuto concesso dallo Stato o mediante risorse statali rafforza la posizione di un’impresa nei confronti di altre imprese concorrenti negli scambi intracomunitari, questi sono da considerarsi influenzati dall’aiuto”¹²⁴*. La stessa pronuncia si segnala, inoltre, per un’affermazione davvero interessante, che evidenzia come il formalismo abbia decisamente preso il sopravvento, a dispetto di ogni analisi concorrenziale: *“un aiuto di esigua rilevanza è idoneo a ripercuotersi sulla concorrenza e sugli scambi tra Stati membri quando il settore in cui operano le imprese che ne beneficiano sia caratterizzato da forte concorrenza”¹²⁵*, donde emerge che rilevanza esigua dell’aiuto e forte

¹²³ Sentenza della Corte del 13 luglio 1988, *Cit.*, punto 19.

¹²⁴ Sentenza della Corte del 21 luglio 2005, *Administracion Del Estado e Xunta de Galicia*, causa C-71/04, in *Racc.*, 2005, I-7419, punto 19.

¹²⁵ Sentenza della Corte del 21 luglio 2005, *Cit.*, punto 42.

intensità della concorrenza sono addirittura considerate circostanze aggravanti nella valutazione della concorrenzialità della misura aiuto.

La Corte richiede alla Commissione unicamente di *motivare* le sue decisioni, ove tuttavia si ammette espressamente che la motivazione possa appunto consistere nella mera constatazione che, poiché l'aiuto agevola una certa produzione, questo mette il suo destinatario in posizione di vantaggio rispetto ai concorrenti e, per ciò stesso, falsa la concorrenza ai sensi dell'art. 107 TFUE. Pertanto, la Corte ha ritenuto che: *“benché, in taluni casi, dalle circostanze stesse in cui l'aiuto è stato concesso possa risultare che esso è atto ad incidere sugli scambi tra Stati membri ed a falsare, o a minacciare di falsare, la concorrenza, la Commissione è tenuta, quanto meno, ad evocare queste circostanze nella motivazione della sua decisione”*¹²⁶.

Ebbene, tale situazione è stata a ragione avvicinata a quella che fino a qualche anno fa caratterizzava l'azione della Commissione in materia di intese, abusi di posizione dominante e concentrazioni in quanto, anche in tal caso, una visione estremamente formalistica della nozione di concorrenza aveva permesso alla Commissione, da una parte, di applicare il divieto previsto all'art. 101.2 (intese anticoncorrenziali) ad una serie di comportamenti che presentano (o possono presentare) significative caratteristiche proconcorrenziali¹²⁷: si pensi alle clausole di esclusiva o all'imposizione di un prezzo massimo alla rivendita; e, d'altra parte, fenomeni che fanno sorgere problemi strutturalmente identici venivano incasellati in sistemi di norme affatto diversi, e viceversa, con una disparità di trattamento che risultava difficile da giustificare. In seguito ad un lungo processo di elaborazione critica da parte della dottrina, spesso ispirata dalle

¹²⁶ Si veda, tra le tante, la Sentenza della Corte del 13 marzo 1985, *Regno dei Paesi Bassi e Leuwarder Papierwarenfabrik b.v. c. Commissione*, cause riunite 296 e 318/82, in *Racc.*, 1986, p. 809, punti 22 ss.

¹²⁷ OSTI, *Di alcuni problemi degli aiuti di Stato*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2006, I, Il Mulino, pag. 433.

elaborazioni degli autori statunitensi¹²⁸, la Corte cominciò ad affrontare un'analisi più marcatamente economica delle restrizioni concorrenziali¹²⁹. Tale giurisprudenza indusse la Commissione a ripensare l'intera materia, cominciando dal settore ove tali incongruenze apparivano più evidenti, quello dei rapporti verticali, prima attraverso l'emanazione di uno studio assai comprensivo e fatto oggetto di pubblica discussione¹³⁰, e poi con l'adozione di un unico regolamento¹³¹, ispirato a criteri economici generalmente accolti, così da scongiurare tanto l'acritica ed eccessivamente ampia irrogazione di divieti quanto l'incasellamento di uno stesso comportamento in una serie di diversi testi legislativi di riferimento. Tale approccio è stato successivamente esteso ad altre aree delle intese, alle concentrazioni e comincia ad applicarsi agli stessi abusi di posizione dominante.

Si dovrebbe, dunque, immaginare che la Commissione si sia impegnata in uno sforzo analogo anche nella materia degli aiuti di Stato. Ora, in base a quanto si è appena visto, tale sforzo avrebbe dovuto appunto concentrarsi precipuamente in una migliore focalizzazione e comprensione degli aspetti economici della disciplina e in un più attento studio dell'efficienza degli incentivi concessi dagli stati e degli elementi che possano consentire un esame consapevole di tali aspetti.

In realtà, basterà consultare uno degli ultimi documenti della Commissione in materia¹³², per rendersi conto che il tentativo da parte della stessa di

¹²⁸ HAWK, *System Failure: Vertical Restraints and EU Competition Law*, in *Common Market Law Review*, 1985, p. 973.

¹²⁹ Particolarmente indicativa appare al proposito la sentenza della Corte del 28 febbraio 1991, *Stergios Delimitis c. Henninger Brau AG*, causa C-234/89, in *Racc.*, p. I-935.

¹³⁰ *Libro verde sulle restrizioni verticali nella politica di concorrenza comunitaria*.

¹³¹ *Regolamento (CE) n. 2790/99 della Commissione del 22 dicembre 1999*, relativo all'applicazione dell'art.81, paragrafo 3, del Trattato CE a categorie di accordi verticali e pratiche concordate, in *GUCE*, n. L 336 del 1999, p. 21.

¹³² *Piano di azione nel settore degli aiuti di Stato – Aiuti di Stato meno numerosi e più mirati: itinerario di riforma degli aiuti di Stato 2005-2009 (Documento di consultazione)*. Emblematico il passo in questione: "Il controllo degli aiuti di stato risponde alla necessità di garantire condizioni di parità per tutte le imprese operanti nel mercato unico europeo, a prescindere dello Stato membro in cui hanno sede. Un particolare motivo di

ovviare alle percepite inadeguatezze della prassi maturata finora soffre di una certa mancanza di consapevolezza.

In realtà, uno dei problemi della Commissione è che essa, nel suo sforzo di maggiore approfondimento economico, si confronta con un'elaborazione dottrinale assai scarsa e lacunosa. Laddove nel passato, nel caso di delle regole su intese, abusi e concentrazioni, alla Commissione era stato sufficiente attingere a quanto si era fatto nel sistema americano, non solo in materia di elaborazione economica, ma anche di configurazione di istituti giuridici e di interpretazione di quelli esistenti in un modo che tenesse conto di quella elaborazione, nel caso degli aiuti, tale situazione non è data, per motivo assai banale che, in quel sistema, non esiste una disciplina sugli aiuti di Stato¹³³.

Pertanto, si può senz'altro affermare che manca non solo un'elaborazione giuridica su temi economici, ma persino un esame sul fondo da parte degli economisti.

Tuttavia, le incongruenze della Commissione non finiscono qui. *L'approccio economico più preciso* vantato dalla Commissione si estrinseca (secondo il Documento in esame) anche in un ulteriore obiettivo: quello di rimediare ai c.d. *fallimenti di mercato*. In altri termini, poiché lo scopo della disciplina è quello di rendere funzionale o preservare la funzionalità del mercato, e poiché la situazione che per eccellenza sfocia nella disfunzionalità è proprio quella dei fallimenti, quale miglior ruolo possono avere le regole in esame che quello, appunto, di curare tali

preoccupazione sono gli aiuti di Stato che forniscono vantaggi selettivi ingiustificati ad alcune imprese, impedendo alle forze di mercato di premiare le imprese più competitive ovvero ritardandone l'azione in tal senso, e riducendo quindi la competitività europea nel suo complesso. Ciò può anche portare ad una concentrazione di potere di mercato nelle mani di alcune imprese, ad esempio perché le imprese che non beneficiano degli aiuti (come le imprese straniere) sono costrette a ridurre la loro presenza sul mercato o perché gli aiuti di Stato vengono utilizzati per erigere barriere all'entrata. Per i consumatori queste distorsioni della concorrenza possono tradursi in aumenti di prezzi, prodotti di qualità inferiore, minore innovazione (...)"

¹³³ OSTI, *Op. Cit.*, pag. 435.

fallimenti? Diligentemente elencati dalla Commissione nel prosieguo del Documento: beni pubblici, asimmetrie informative, esternalità, ecc.

La ragionevolezza di tale approccio da un punto di vista economico risulta difficilmente discutibile: i fallimenti di mercato sono per definizione quelli che giustificano l'intervento del pubblico potere in un mercato che è altrimenti meglio abbandonare alla *mano invisibile* del mercato. Non sorprende, dunque che esso riscuota l'approvazione di economisti autorevoli¹³⁴, oltre che dello stesso Capo Economista della Commissione¹³⁵. Sono le conseguenze pratiche di questo atteggiamento a rimanere piuttosto enigmatiche: da una parte, infatti, i fallimenti di mercato, veri o presunti, sono tali e tanti, che sarebbe possibile costruire in ogni circostanza una giustificazione per qualsiasi aiuto concesso dallo Stato. Ma non solo: il fallimento di mercato è, in una visione dell'economia completamente orientata all'ideologia del libero mercato, *l'unica situazione* nella quale si potrebbe giustificare l'intervento del pubblico potere. In ogni altra situazione, infatti, secondo tale orientamento, l'intervento pubblico non può causare una distorsione al funzionamento del mercato che, per definizione, si corregge da solo. Un esame della Commissione volto ad assicurare che, da una parte, ogni erogazione di incentivi si accompagni all'effettiva presenza di un fallimento di mercato e, dall'altra, sia effettuata nei modi, con i tempi e con l'intensità appropriata per risolvere il problema, comporterebbe, in sostanza, il potere della Commissione di porre in questione lo stesso regime di proprietà prescelto dallo Stato membro, contrariamente a quanto sancito dall'art. 295 del Trattato in base al quale: "il Trattato lascia impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri".

¹³⁴ DEWATRIPONT, *The Economics of the State Aid Action Plan*: presentazione al convegno *EC State aid control: The case for reform*, Bruxelles, 14 giugno 2005.

¹³⁵ ROLLER, *Using Economic Analysis to Strengthen Competition Policy Enforcement in Europe*, 21 maggio 2005, sub www.europa.eu.int/comm/competition/speeches, p.12.

Dunque, nel momento in cui la Commissione assume come criterio informatore del suo intervento quello dei fallimenti di mercato, essa si arroga il diritto di controllare, in concreto, ogni intervento che lo Stato possa compiere in materia economica. Laddove una disfunzione (o fallimento) esista, infatti, essa potrà valutare se l'intervento è corretto, congruo, ecc. Laddove non esista, d'altro canto, l'illiceità dell'intervento è acclarata¹³⁶.

Si ricorda in proposito che la Corte di giustizia ha sempre negato che la Commissione possa estendere l'ambito di applicazione delle regole di concorrenza a ricomprendere gli interventi dello Stato che non si riallaccino a comportamenti puntuali di imprese anche quando essi, nei loro effetti, possano generare una restrizione della concorrenza¹³⁷.

Pertanto, la sensazione è che l'analisi economica degli aiuti di Stato manchi tutt'ora di un suo punto di riferimento ed, inevitabilmente, continui a girare a vuoto.

Infine, occorre esaminare un altro elemento, ritenuto peraltro "essenziale", degli aiuti di Stato, ovvero la *selettività*. A chi si chieda dove si ricava la necessaria sussistenza di tale elemento si risponde, come fa la stessa Corte di giustizia, facendo riferimenti alla lettera dell'art. 107 del TFUE che, al primo paragrafo sancisce (come si è visto nei precedenti paragrafi) il divieto di quegli aiuti che "falsino o minaccino di falsare la concorrenza", favorendo "talune imprese o talune produzioni", ove appunto il "talune" starebbe ad indicare il criterio della selettività¹³⁸. E' necessario osservare

¹³⁶ Soffre dello stesso problema, e di difficoltà di attuazione pratica, che appaiono quasi insormontabili, la proposta di creare un sistema nel quale, oltre ad identificare i fallimenti, si analizzi l'efficacia comparativa della misura proposta rispetto ad ogni altra misura proponibile, da una parte e, dall'altra, la si valuti in relazione alle inefficienze che quella stessa misura genera (è il criterio "a tre gambe" suggerito da FRIEDERISZIK, ROLLER, VEROUDEN, *A study of Market Definition in Practice in State aid Cases in the E.U.*, 14 dicembre 1998, sub <http://europa.eu.int/comm/enterprise/library/lib-competition/doc/state-aid-market-definition.pdf>

¹³⁷ OSTI, *Op. Cit.*, p. 440.

¹³⁸ KEPPELNE, *Guide des aides d'Etat en droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 23.

che l'interpretazione appare molto forzata: il canone interpretativo *a contrario* (il fatto che il Trattato faccia riferimento a talune imprese esclude che debbano essere considerati aiuti quelli che favoriscono tutte le imprese) lascia perplessi; inoltre, non è chiaro perché una misura che è illecita se favorisce certe imprese o produzioni possa divenire perfettamente lecita laddove sia estesa a tutte le imprese o produzioni. A rigore, infatti, dovrebbe essere vero il contrario. Come osservato dall'Avvocato Generale Jacobs: "poiché l'art. 87 del Trattato (adesso 107 TFUE) non si riferisce agli aiuti che favoriscono talune imprese o talune produzioni, si assume di solito che provvedimenti di applicazione generale non rientrano nel suo ambito di applicazione. Effettivamente ha una certa pregnanza l'argomento svolto dall'Avvocato Generale Capotorti in Commissione/Irlanda, secondo cui "è ben giustificato parlare di un principio generale di divieto di aiuti pubblici alla produzione nazionale, se non si vuole cadere nell'incongruenza di ritenere vietati gli aiuti settoriali e leciti quelli di portata più ampia"¹³⁹; tale principio può però risultare di difficile applicazione, poiché la distinzione fondamentale fra aiuti vietati e politica sociale ed economica generale diviene piuttosto vaga¹⁴⁰".

Tali osservazioni valgono a sottolineare non solo l'apparente contraddizione tra aiuti speciali (vietati) e aiuti generali (permessi), ma anche la *ratio* di tale apparente incongruità. In altri termini, la Commissione non ritiene giustificato nel contesto dell'equilibrio dei poteri tra essa e gli Stati membri, sottoporre ad un controllo preventivo di concorrenzialità le politiche economiche generali degli Stati nazionali.

Con ciò viene confermato, da una parte, che l'applicazione di tali regole rientra in una logica di equilibrio federale, nel senso di ripartizione dei poteri, più che di controllo squisitamente concorrenziale. E, d'altra parte, si

¹³⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 24 ottobre 1982, C-249/81, *Commissione c. Irlanda*, in *Racc.*, p.4095, conclusioni dell'Avvocato Generale Capotorti p. 4031.

¹⁴⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 26 settembre 1996, *Francia c. Commissione*, C-241/94, in *Racc.*, p. I-4551, conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs, par. 30.

dà conto dell'origine di evidenti e gravi perplessità, a lungo evidenziate dalla dottrina, nell'applicazione amministrativa e giurisprudenziale di tale criterio della selettività¹⁴¹. Pertanto, è stata autorevolmente stigmatizzata “la mancanza di una posizione chiara e strategica della prassi, che risente della mancanza di una disciplina organica a monte”¹⁴². E' importante a questo punto osservare che il criterio della selettività, almeno come impiegato da Corte e Commissione, non ha molto a che fare con la concorrenza, anzi, viene spesso utilizzato in modo apparentemente incompatibile con una corretta politica di concorrenza. Questo in particolare in quanto, nel valutare gli effetti di un aiuto, occorrerebbe chiedersi qual è l'aria geografica (e merceologica) ove gli effetti dell'aiuto si fanno sentire.

In realtà, da questo punto di vista è stato giustamente osservato che un aiuto non selettivo, nel senso che esso è esteso all'intero territorio di uno Stato membro, può avere effetti anticoncorrenziali, tra l'altro, nel caso in cui territorio e mercato rilevante non coincidano e che, dall'altra, un aiuto selettivo potrebbe non essere affatto distorsivo se il suo ambito di applicazione coincidesse con il mercato rilevante¹⁴³.

Infine, a ciò si aggiunga che, dal punto di vista della tutela della concorrenza, non ha molto senso affermare (come invece la Corte molto spesso fa proprio in tema di selettività) che può essere selettivo l'aiuto diretto a tutto un settore specifico. Oltre che contraria alla logica, infatti, tale affermazione rischia seriamente di risultare contraria ad una valutazione economica empirica, nel caso non improbabile in cui proprio

¹⁴¹ BOURGEOIS, *State aid, Taxation Measures and Specificity*, in *Liber amicorum M. Waelbroek*, Bruxelles, 1999.

¹⁴² TESAURO, *Diritto Comunitario*, Cedam, Padova, III edizione, 2003, p. 759.

¹⁴³ OCSE, *Competition Policy and State Aids*, del 12 novembre 2001, n. DAF/CLP (2001) 24, 29. Meno probante risulta l'osservazione, sempre dell'OCSE, che nel contesto di un'impostazione concorrenziale dovrebbe essere consentito agli Stati membri di intervenire per correggere restrizioni concorrenziali cagionate dalle politiche di altri Stati membri. Le ragioni per le quali la Corte ha sempre rifiutato di riconoscere un principio di *reciprocità* sono, infatti, nel quadro della creazione di un mercato comune, sufficientemente evidenti (Cfr., sul punto, la sentenza della Corte di giustizia del 29 aprile 2004, *Italia c. Commissione*, causa C- 372/97, punto 67).

all'interno di quel settore si esauriscano gli effetti concorrenziali della misura aiuto. Ed, infatti, anche le recenti decisioni del WTO propendono in senso contrario (tra tutte, *Canada-Aircraft*, 2/08/1999, 99-3221, par. 154).

CAPITOLO II

La riforma degli Aiuti di Stato e il nuovo approccio della Commissione.

1. Il *balancing test* e i Principi Comuni elaborati dalla Commissione.

Nell'ultimo paragrafo del capitolo precedente, sono stati messi in luce alcuni problemi causati soprattutto dalla mancanza di chiarezza del nuovo State Aid Action Plan, uno strumento che avrebbe dovuto individuare il raggio di azione degli Stati, fornire nuovi strumenti di recupero ed, infine, chiarire il dramma dell'approccio economico agli aiuti di Stato.

In questa parte del lavoro si cercherà di fotografare la situazione creata dopo il 2006 ed analizzare il ruolo assunto dalla Commissione nei confronti delle misure di aiuto. Lavoro questo prodromico alla comprensione dei capitoli successivi.

Ebbene, nel periodo successivo all'uscita del SAAP, la Commissione, confortata da certe prese di posizione del Tribunale di primo grado e della Corte di Giustizia che sembrano sdoganare l'approccio economico¹⁴⁴, ha elaborato un nuovo criterio valutativo, ovvero “*balancing test*” (criterio di bilanciamento). Questo, che si ritrova, sempre più spesso, nelle recenti decisioni nonché nelle presentazioni effettuate dai funzionari della Commissione stessa¹⁴⁵, è stato poi riassunto nel suo documento più recente, dal titolo *Principi Comuni per una valutazione economica della compatibilità degli Aiuti di stato ai sensi dell'art. 87, paragrafo 3, del Trattato CE*. Tale *test* dovrebbe rispondere ad alcuni tra i più importanti interrogativi in materia di aiuti di Stato, come ad es.: Gli aiuti perseguono un obiettivo di *interesse comune* chiaramente definito? Possono essere

¹⁴⁴ Trib. Primo grado, 22 febbraio 2006, causa T-34/02, *Le Levant c. Commissione*, in *Racc.*, p. II-267, punti 123 ss.; Corte di Giustizia, 30 aprile 2009, causa C-494/2006 P, *Commissione c. Repubblica Italiana e Wam*, in *Racc.*, p. I-3639.

¹⁴⁵ NEVEN – VEROUDEM, *Towards a More Refined Economic Approach in State Aid Control*, in Mederer – Pesaresi – Van Hoof (a cura di), *EU Competition Law – Volume IV: State Aid*, Bruxelles Claeys & Casteels, 2008, p. 99 ss.

considerati uno strumento politico adeguato per conseguire l'obiettivo strategico mirato? Riescono a modificare il comportamento del beneficiario? E' possibile indurre lo stesso cambiamento di comportamento con minor intervento pubblico?

Il documento in questione è definito dalla Commissione un *draft non paper*, ed evidenzia il distacco della stessa nei confronti della Direzione, come peraltro conferma la precisazione pubblicata sul sito in rete della Direzione Generale Concorrenza, che “*The draft paper is a non-paper of DG Competition and does not necessarily represent the position of the Commission*”¹⁴⁶.

La nozione di obiettivi di *interesse comune*, rimanda al paragrafo 3 dell'art. 107 TFUE. Tra questi, nella descrizione della Commissione, compaiono “l'equità” e “l'efficienza”: paradossalmente, tuttavia, di efficienza non tratta l'art. 107 TFUE. Questo, piuttosto, fa riferimento al concetto di concorrenza (considerando compresi nel novero della potenziale proibizione quegli aiuti che “falsino o minaccino di falsare la concorrenza”). E, a rigore, concorrenza ed efficienza non sono la stessa cosa.

Ma il punto più rilevante è senz'altro il seguente: davvero il Trattato conferisce alla Commissione il controllo delle misure di aiuto al fine di consentirle di valutare se un aiuto risponde ad un obiettivo di interesse comune (e se, come avanzato in dottrina¹⁴⁷, il che rappresenta il secondo passo del *balancing test*, l'aiuto è appropriato e proporzionale per raggiungere tale obiettivo)? La risposta sembra essere negativa. Infatti, il Trattato non autorizza la Commissione a questionare se l'obiettivo ricercato

¹⁴⁶ Consultabile *sub* http://ec.europa.eu/competition/state_aid/reform/economic_assessment_it.pdf.

¹⁴⁷ OSTI, *Il nuovo approccio economico della Commissione*, in *La “Modernizzazione” della Disciplina sugli Aiuti di Stato*, Schepisi (a cura di), Giappichelli, Torino, 2011, p. 62.

sia di comune interesse, in quanto ciò farebbe, chiaramente, della Commissione un organo politico.

Il controllo che il Trattato affida alla Commissione è quello relativo alla *distorsione concorrenziale* potenzialmente arrecata dall'aiuto: non a caso l'art. 107, par.1, attribuisce alla Commissione il potere di valutare la compatibilità con il mercato comune dell'aiuto meramente in base alla questione di sapere se l'aiuto in questione falsi o minacci di falsare la concorrenza.

E, tuttavia, nella proposta dei Principi Comuni tale aspetto diviene una sorta di norma di chiusura dell'analisi della Commissione.

Quanto all'*efficienza*, la posizione della Commissione è abbastanza chiara: gli aiuti possono essere giustificati quando essi mirano a curare un *market failure*. Tali disfunzioni di mercato sono riportate alla consueta classificazione: esternalità, asimmetrie informative, problemi di coordinamento. Verosimilmente non si menziona il potere di mercato in quanto questo è tradizionalmente l'obiettivo delle norme antitrust.

In merito all'*equità*, la Commissione, sempre nei Principi, menziona: gli aiuti a finalità regionale, gli aiuti alla fornitura di servizi di interesse economico generale, gli aiuti diretti a favorire l'inserimento professionale dei lavoratori svantaggiati e dei disabili, gli aiuti al salvataggio e alla ristrutturazione ed, infine, gli aiuti ai prodotti e ai servizi culturali (compresi quelli tesi a preservare la diversità culturale).

Orbene, se si possono verosimilmente comparare gli effetti economici di un obiettivo comune di natura economica (come l'aumento di efficienza generato da un certo aiuto con la restrizione concorrenziale che ne può derivare) non è chiaro come con strumenti economici si possa procedere ad una comparazione della restrizione concorrenziale con i vantaggi che derivano dal raggiungimento degli obiettivi di equità¹⁴⁸. In altri termini, se è

¹⁴⁸ RUBINI L., *The Definition of Subsidy and State Aid, WTO and EC Law in comparative Perspective*, Oxford, 2011, p. 165 ss.

chiaro perché la Commissione abbia aggiunto la categoria degli aiuti equitativi a quelli efficienti, è molto meno chiaro come tale tipo di obiettivi possa prestarsi ad una applicazione di un criterio di bilanciamento effettuata, essenzialmente, per il tramite di strumenti meramente economici. Tale posizione, peraltro, appare più che fondata ed, infatti, nei Principi Comuni, si limita ad affermare che se lo Stato concede un sussidio per favorire un certo gruppo o una certa regione, esso deve dimostrare che veramente quel gruppo o quella regione sono svantaggiati. Ciò non pare sufficiente per scomodare un concetto di valutazione economica delle regole sugli aiuti¹⁴⁹.

Per quanto concerne la concorrenza in senso stretto, i Principi Comuni evidenziano tre possibili effetti degli aiuti: gli effetti dinamici (e cioè sugli incentivi ad investire e a farsi concorrenza), gli effetti di mercato, sulla concorrenza tra le imprese che vi operano e gli effetti sulla concorrenza dei fattori di produzione, nonché sull'ubicazione degli investimenti.

E' opportuno precisare che nel determinare gli effetti sulla concorrenza, la Commissione dovrà previamente definire i mercati rilevanti, sotto l'aspetto geografico e quello del prodotto.

Passando, infine, all'analisi costi benefici, sicuramente una valutazione rigorosamente economica degli aiuti sarebbe pressoché impossibile. Tanto che la stessa Commissione osserva che tale analisi non le compete¹⁵⁰.

In realtà, la novità più importante del documento, ad avviso di chi scrive, sta nella proposta della Commissione di utilizzare il criterio del benessere

¹⁴⁹ HILDEBRAND – SCHWEINSBERG, *Refined Economic Approach in European State Aid Control – Will it gain momentum?*, in *World Competition*, 2007, pp. 449 ss.

¹⁵⁰ “Gli aiuti di Stato costituiscono un onere finanziario per i contribuenti. Le ripercussioni in termini di bilancio sono equivalenti all'importo degli aiuti. Oltre agli effetti sul bilancio, possono verificarsi costi aggiuntivi causati da inefficienze o spese amministrative connesse al sistema fiscale. Tuttavia, ai fini del controllo degli aiuti di Stato, non compete alla commissione valutare i sistemi fiscali nel loro insieme o vegliare ad una gestione adeguata dell'erario pubblico”.

sociale (*social welfare*)¹⁵¹. Tale misura è composta da due elementi: in primo luogo, oltre a considerare il *surplus dei consumatori* (quanto di meno i consumatori pagano rispetto a quanto sarebbero disposti a pagare per quel prodotto o servizio) come vero per il diritto della concorrenza, si aggiunge la misura del *surplus dei produttori* (quanto essi ricavano rispetto ai loro costi). Il che già di per sé appare rivoluzionario. In secondo luogo, si osserva, tale criterio rifletterebbe anche criteri di equità¹⁵².

In ordine al primo punto si può ancora una volta ricordare che la posizione della Commissione in materia di diritto antitrust, è che il criterio totalizzante debba essere quello del benessere del consumatore¹⁵³. Ebbene, come possa questo criterio essere utilizzato in pratica, anche questa volta, appare poco chiaro se non contraddittorio.

2. (segue) Alcuni esempi di approccio economico: gli aiuti alla banda larga.

Gli aiuti alla banda larga sono stati, di recente, oggetto di una specifica Comunicazione da parte della Commissione¹⁵⁴ facendola precedere, come di regola, da un ampio numero di decisioni individuali¹⁵⁵. Si tratta di un'area caratterizzata da una disfunzione di mercato, e cioè l'esternalità positiva caratteristica dell'innovazione, della quale occorre tener conto se si vuole incentivarla in maniera efficiente. Essa sarebbe, tuttavia,

¹⁵¹ “41. (...) Il benessere sociale tiene conto non solo della somma dei surplus dei consumatori e produttori ma anche di come il benessere è distribuito tra i paesi e i cittadini. Il benessere sociale ripone, pertanto, su elementi di efficienza e su elementi di equità. Un livello di benessere sociale tiene conto di tutti gli effetti che gli aiuti possono generare”.

¹⁵² SCHEPISI, *Op. Cit.*, p. 68 ss.

¹⁵³ Comunicazione della Commissione, *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'art. 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*, sub http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art.82/guidance_it.pdf.

¹⁵⁴ Comunicazione della Commissione – *Orientamenti comunitari relativi all'applicazione delle norme in materia di aiuti di stato in relazione allo sviluppo rapido di reti a banda larga*, in G.U. n. C235 del 2009, p.4.

¹⁵⁵ L'elenco delle quali è consultabile sul sito in rete della Direzione Generale Concorrenza, sub http://ec.europa.eu/competition/sectors/telecommunications/broadband_decisions.pdf.

caratterizzata anche da una ragione di equità, quella cioè della coesione sociale e geografica che deriverebbe dalla possibilità per i cittadini e imprenditori di collegarsi con la rapidità e la versatilità tipica della banda larga.

In particolare, la decisione sugli aiuti alla banda larga nelle aree rurali dell'Irlanda del Nord¹⁵⁶ merita di essere segnalata per il suo focalizzarsi tanto sugli obiettivi di equità (la "coesione") quanto su quelli di efficienza (l'incertezza dei nuovi entranti rispetto ad un investimento significativo e di dubbie prospettive) senza, in realtà, distinguere troppo nitidamente tra i due aspetti. La particolarità di questo caso stava nella dimensione ridotta dell'area in parola, e nella decisione della BBC, che assicurava tali servizi via satellite, di ritirarsi da quel particolare mercato. Se, secondo il criterio del *test*, in ciò stava anche la appropriatezza di un aiuto, la correttezza degli incentivi forniti veniva ravvisata dalla Commissione nel fatto che i sussidi in questione sarebbero stati erogati a seguito di gara pubblica. La proporzionalità sarebbe stata assicurata dal ricorso a criteri del tipo della durata limitata dell'aiuto, della sua neutralità quanto a tecnologia adottata, dei controlli effettuati e delle sanzioni previste per inadempienza¹⁵⁷. Ed è proprio su tali basi che la commissione giunge ad una soluzione positiva¹⁵⁸. Tuttavia, dottrina maggioritaria, segnala come la decisione in commento si caratterizzi per la assoluta mancanza di un vero e proprio bilanciamento, e cioè di una comparazione tra i costi concorrenziali ed i benefici dell'aiuto¹⁵⁹. La Commissione, infatti, si limita ad osservare: "*the overall effect of the measure is deemed to be positive. The measure facilitates the*

¹⁵⁶ Decisione della Commissione del 10 dicembre 2008, n. C(2008) 8368, N 508/2008 – *United Kingdom Provision of Remote Broadband Services in Northern Ireland*, in G.U. n. 18 del 2009, p. 1.

¹⁵⁷ LANDI, *La normativa di secondo grado in materia di aiuti di Stato*, in *Dizionario Sistematico del Diritto della Concorrenza*, Pace (a cura di), Jovene, Napoli, 2013

¹⁵⁸ "La misura notificata compenserà uno svantaggio geografico e commerciale ed è obiettivamente giustificata per risolvere la mancata disponibilità di servizi a banda larga in ragione della insufficiente densità di abbonati reali e potenziali, che possa rendere economica, in un'ottica meramente di mercato, la prestazione di servizi a banda larga".

¹⁵⁹ Tra tutti, OSTI, *Op. Cit.*, p. 70 ss; DANIELE, *Op. Cit.*; BACON, *Op. Cit.*

development of certain economic activities in certain remote and rural areas. The intervention is designed in a way that does not distort competition or affect trading conditions to an extent contrary to the common interest”(punto 46).

Infine, preme precisare che le decisioni in tema di crisi finanziaria divergono totalmente dal trittico disegnato dalla Commissione nel *balancing test*. In particolare, con riferimento ai c.dd. *Tremonti bonds*¹⁶⁰, la Commissione ne evidenzia la proporzionalità, sia in termini di durata limitata, sia di controlli previsti, sia di funzionamento limitato allo stretto indispensabile, ma non pare approfondire quasi per nulla gli altri punti. Dunque, si può ragionevolmente affermare che l’analisi della Commissione è, anche in questo caso, estremamente sintetica.

3. Miglioramento e semplificazione delle procedure di notifica e di controllo.

Nella nota Comunicazione al Consiglio, adottata a seguito della crisi finanziaria che ha colpito, tra l’altro, gli Stati membri dell’Unione Europea e denominata “Un Piano Europeo di Ripresa Economica”, la Commissione europea ha espressamente enunciato tra gli altri strumenti diretti al rilancio delle economie degli Stati membri, la sua intenzione di introdurre “*un pacchetto di semplificazione, segnatamente per accelerare il suo processo decisionale in materia di aiuti di Stato*”¹⁶¹.

Tuttavia, si tratta di un obiettivo affatto nuovo alla politica della Commissione in materia di aiuti di Stato: anzi, esso era stato parzialmente perseguito sin dall’emanazione delle disposizioni di attuazione del reg.

¹⁶⁰ Decisione della Commissione del 23 dicembre 2008, n. C (2008) 8998, N 674/2006, N 648/2008 – *Italia Misure di ricapitalizzazione in favore del settore finanziario in Italia*, in G.U. n. C 88 del 2009, p.1.

¹⁶¹ COM (2008) 800 def. Del 26 novembre 2008, reperibile su <http://eurlex.europa.eu>.

659/1999¹⁶² e poi più esplicitamente prefigurato nel Piano di azione nel settore degli aiuti di Stato, presentato nel 2005¹⁶³.

Ciò significa che la modernizzazione delle procedure in materia di aiuti di Stato costituiva un'esigenza avvertita dalla Commissione prima ed indipendentemente dalla crisi economica del 2008, in ragione di un funzionamento delle regole esistenti ritenuto non sufficiente.

Pertanto, nei prossimi paragrafi si cercherà di valutare l'impatto del tentativo di modernizzazione in parola sul quadro normativo vigente e la capacità di realizzare le esigenze sottese a tale processo.

La linea scelta dalle istituzioni dell'UE per tentare di realizzare l'obiettivo della modernizzazione, invero, non si è tradotta in una modifica del quadro normativo vigente, poiché la Commissione non ha ancora presentato la proposta di modifica del reg. n. 659/1999 annunciata nel Piano di azione e si è limitata a dettare alcune disposizioni attuative. Esse sono contenute nel Reg. 794/2004 che la Commissione ha adottato sulla base dell'art. 27 del Reg. n. 659/1999 (oggi modificato dal Reg. CE n. 271/2008 della Commissione).

Pertanto, è importante precisare, che queste disposizioni non hanno carattere meramente esecutivo, ma disciplinano in maniera innovativa alcuni aspetti del procedimento di controllo, in particolare in materia di notifica agli aiuti¹⁶⁴.

A ciò si aggiunga che il c.d. "pacchetto semplificazione" presentato dalla Commissione ha assunto pressoché esclusivamente la forma di comunicazioni, le quali pur non avendo valore normativo, possono produrre l'effetto di autoeliminare la Commissione nell'esercizio dei suoi poteri di

¹⁶² Regolamento CE n. 659/1999 del 22 marzo 1999, *recante modalità di applicazione dell'art. 93 del trattato CE*, in G.U. n. L 83 del 27 marzo 1999, p.1. In dottrina: DANIELE – AMADEO - SCHEPISI (a cura di), *Aiuti pubblici alle imprese*, Milano, Giuffrè, 2003.

¹⁶³ COM (2005) 107 def. Del 7 giugno 2005, reperibile su <http://eurlex.europa.eu>.

¹⁶⁴ La delega contenuta nell'art. 27 del reg. n. 659/1999 era peraltro assai ampia perché concerneva *“disposizioni di attuazione riguardanti la forma, il contenuto e le altre modalità delle relazioni annuali, le modalità dei termini e il calcolo dei termini e il tasso di interesse di cui all'art. 14, paragrafo 2”*.

controllo¹⁶⁵. Inoltre, le recenti comunicazioni in tema di aiuti di Stato indicano come fattore centrale per la semplificazione delle procedure una cooperazione degli Stati membri (come si vedrà meglio nei prossimi paragrafi), i quali possono talora condizionare con il loro consenso l'applicazione.

In proposito, va rilevato che in dottrina desta qualche perplessità l'ampio uso di questo tipo di strumenti per rimodellare parzialmente le regole sul controllo degli aiuti di Stato. In tal modo, da un lato, si assiste ad uno spostamento *de facto* della competenza normativa in materia verso la commissione, dall'altro, si determina una maggiore frammentarietà della disciplina del procedimento riducendone anche la prevedibilità per gli Stati membri e per gli operatori interessati¹⁶⁶.

Ebbene, tra gli strumenti individuati da tali comunicazioni, il Codice delle migliori pratiche pone innanzitutto particolare enfasi sul meccanismo della c.d. prenotifica dell'aiuto. Si tratta di uno strumento, nella prospettiva della Commissione, che potrebbe favorire la completezza della notifica e la celerità del procedimento di controllo presentandosi, dunque, come funzionale al rispetto dei termini previsti dal reg. n. 659/1999, in particolare, per l'esame preliminare. Più in generale, l'esistenza di contatti prenotificazione si giustifica apparentemente con una scelta delle istituzioni UE diretta, per quanto possibile, a favorire la concessione di aiuti compatibili con il mercato comune.

Posto che non sussiste nessun obbligo per gli Stati membri di provvedere a prendere contatto con la Commissione prima della formale notifica

¹⁶⁵ AMEDEO, *L'obbligo di notifica e le conseguenze della mancata notifica dei nuovi aiuti alla luce del regolamento n. 659/99 e della giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Aiuti pubblici alle imprese e competenze regionali*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 28; LANDI, *le deroghe al principio generale di incompatibilità ex art. 87, 2 e 3, CE*, in Santa Maria (a cura di), *Concorrenza e aiuti di Stato*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 62; ANTONIOLI, *Comunicazioni della Commissione europea e atti amministrativi nazionali*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 161 ss.

¹⁶⁶ BIAGIONI, *Le novità della Commissione in materia di miglioramento e semplificazione delle procedure di notifica e controllo sugli aiuti di stato*, in *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di Stato*, Schepisi (a cura di), Torino, Giappichelli, 2011, p. 82.

dell'aiuto, viene pertanto assicurata la possibilità di ottenere dai servizi della Commissione l'espressione di un'opinione informale e necessariamente sommaria sul progetto di aiuto. Tale pre-valutazione può consentire agli Stati di modificare i progetti di aiuti per assicurarne la compatibilità con il mercato comune o, in ipotesi, di ritirarli in quanto certamente contrari con l'art. 107 TFUE, costituendo così una sorta di filtro preventivo rispetto alle notifiche formali.

In ordine al procedimento formale di notifica preme precisare che, a seguito della modifica dell'art. 3 del Reg. n. 794/2004 ad opera del Reg. 271/2008, la notifica cartacea è stata definitivamente soppiantata dalla notifica mediante convalida elettronica (e, dunque, per via telematica), così come la successiva corrispondenza tra Stati e Commissione.

Nella stessa ottica di snellimento delle procedure e di sostanziale *favor* per gli aiuti compatibili, la Commissione ha anche introdotto alcuni meccanismi semplificati di notifica dei progetti di aiuto. Un primo esempio si ritrova nell'art. 4 del Reg. 794/2004 in materia di modifica degli aiuti esistenti: questa disposizione, delineando le ipotesi in cui la modifica di un aiuto esistente è equiparabile ad un nuovo aiuto, ammette per alcune di esse una notifica secondo una modulistica semplificata¹⁶⁷.

La Commissione ha poi esteso il ricorso alla procedura semplificata ad ulteriori categorie di aiuti con la citata comunicazione relativa a una procedura di esame semplificata per determinati tipi di aiuti di Stato, precisando peraltro in maniera più dettagliata le relative esclusioni¹⁶⁸. Ma in proposito la comunicazione contiene anche un'articolata scansione procedurale. Anzitutto, per l'applicazione di tale procedura è necessario che

¹⁶⁷ AMADEO, *Op. Cit.*, p. 36; PIRRODDI, *Gli aiuti esistenti*, in *Concorrenza e aiuti di Stato*, Santa Maria (a cura di), Torino, Giappichelli, 2006, p. 109 ss.

¹⁶⁸ Vi rientrano gli aiuti illegali, per i quali non può essere ammesso un trattamento di favore nella fase di valutazione della compatibilità; gli aiuti nel settore della pesca, dell'acquacoltura e nel settore agricolo; le misure che comportino questioni giuridiche o particolarmente complesse o che richiedano comunque un riesame; gli aiuti di cui possa beneficiare un'impresa che sia destinataria di un ordine di recupero per effetto della decisione della Commissione.

sia avvenuto un contatto pre-notificazione, il cui uso viene così ampiamente incoraggiato. All'esito del contatto i servizi della Commissione comunicano, sulla base di una valutazione connotata da ampi tratti di discrezionalità, se ritengono possibile ricorrere, nel caso di specie, alla procedura semplificata: la Commissione resta peraltro libera di avviare la procedura normale anche *in itinere*.

Tuttavia, anche in tale contesto, è necessario che lo Stato membro proceda ad una notifica completa¹⁶⁹, che deve intervenire entro due mesi dalla comunicazione della Commissione sul ricorso alla procedura semplificata. La notifica deve essere poi pubblicata, in forma sintetica e con l'indicazione che il caso potrà essere trattato secondo la procedura semplificata, sul sito *web* della Commissione.

Si tratta di una formalità che garantisce il diritto di partecipazione dei terzi interessati, che di regola non sono ammessi al contraddittorio nella fase dell'esame preliminare. Infatti, la possibilità di presentare osservazioni entro dieci giorni lavorativi dalla pubblicazione della notifica costituisce verosimilmente l'unica garanzia partecipativa concretamente fruibile dai terzi.

4. (segue) Cooperazione tra i servizi della Commissione e gli Stati membri.

Anche nella fase successiva alla notifica del progetto di aiuto la Commissione tenta di incoraggiare lo sviluppo dei meccanismi di coordinamento con lo Stato membro, al fine di una maggiore efficienza e speditezza del procedimento di controllo. Tale cooperazione dovrebbe produrre anche l'effetto di rendere il procedimento più trasparente per le parti interessate, ed in particolare lo Stato autore della notifica ed i beneficiari dell'aiuto¹⁷⁰.

¹⁶⁹ AMEDEO, *Op. Cit.*, p. 48 ss.

¹⁷⁰ Di regola la presentazione di osservazioni da parte dei terzi indurrà la commissione a tornare alla procedura normale di esame, anche se la comunicazione contiene indicazioni parzialmente contraddittorie ai punti 12 e 21 (secondo quest'ultimo, l'obbligo di ricorrere

Il Codice delle migliori pratiche illustra un'ampia serie di tecniche di questo genere, a partire dalla c.d. pianificazione concordata, che ha luogo anch'essa in fase precedente la notifica, ma di norma successiva ai contatti pre-notificazione. Sulla base di questo istituto lo Stato membro e i servizi della Commissione possono determinare, concordemente e *a priori*, le modalità di controllo sul progetto di aiuto e i tempi previsti a tal fine. In particolare, laddove sussistono precise condizioni¹⁷¹, è possibile che sia raggiunta un'intesa sul carattere prioritario dell'esame di un certo progetto di aiuto, sulla forma e sulla durata dell'indagine e infine sulle informazioni che lo Stato o il beneficiario dell'aiuto deve fornire alla Commissione.

Tuttavia, il Codice sembra non chiarire se questa intesa abbia carattere vincolante per la Commissione: un'indicazione espressa in senso contrario viene fornita soltanto in ordine ai tempi del procedimento di controllo. Sulla base di ciò si ritiene che sebbene le comunicazioni di questo tipo producano in genere un effetto di autolimitazione, tale conclusione dev'essere esclusa in ragione del carattere non normativo del Codice¹⁷².

Nell'ipotesi contraria, si verrebbe ad introdurre una sostanziale deroga agli artt. 4 e 5 del reg. n. 659/1999, che attribuiscono alla Commissione un potere di gestione del procedimento di controllo e di autonomo impulso nella richiesta di informazioni. In realtà, così, si realizzerebbe senz'altro un *vulnus* alla necessaria imparzialità dell'azione della Commissione, consentendo allo Stato membro di concordare le modalità del procedimento di controllo¹⁷³.

alla procedura normale sussisterebbe solo se i terzi formulino osservazioni motivate "sotto il profilo della concorrenza").

¹⁷¹ Il Codice (al punto 19) si riferisce a "*casi particolarmente nuovi, tecnicamente complessi o comunque delicati, o da esaminare con estrema urgenza*".

¹⁷² BIAGIONI, *Op. Cit.*, p. 87.

¹⁷³ Particolarmente suscettibile di determinare conseguenze sull'esito dell'esame preliminare è la possibilità di concordare il contenuto delle informazioni che debbano essere fornite dallo Stato membro sul progetto di aiuto. Ove si ritenesse che la pianificazione concordata determini un limite alla successiva azione della Commissione, si dovrebbe concludere che essa si priva dei poteri previsti dall'art. 5 del reg. n. 659/1999.

Infine, un ulteriore meccanismo di coordinamento attiene alla possibilità di procedere ad una sospensione dell'esame preliminare o dell'indagine formale: essa può essere concordata con lo Stato membro, se questo ritiene necessario adeguare il progetto di aiuto alle indicazioni della Commissione. Si tratta, comunque, di una possibilità già prefigurata da varie disposizioni del reg. n. 659/1999. In particolare, l'art. 4, par. 5 e l'art. 7, par. 6, ammettono che lo Stato membro e la Commissione possano d'intesa prorogare il termine per l'esame preliminare e per l'indagine formale¹⁷⁴.

Al contempo, l'art. 7, parr. 2 e 3, consentono espressamente che, nel corso del procedimento di indagine formale, lo Stato membro apporti modifiche al progetto di aiuto per adeguarsi alle indicazioni dei servizi della Commissione. Peraltro, considerato che il procedimento di indagine formale interviene in una fase in cui è più avanzato l'esame del progetto di aiuto, dopo che la commissione ha già formulato una sommaria valutazione ed è stata consentita anche la partecipazione dei terzi, sembra logico immaginare che, almeno in via di applicazione analogica, la facoltà di modificare il progetto debba essere assicurata allo Stato anche durante l'esame preliminare.

5. Procedure decisionali e informazione.

In tutte le recenti iniziative della Commissione, un aspetto senz'altro valorizzato attiene alla necessità che l'adozione di provvedimenti da parte di quest'ultima avvenga in maniera più celere, soprattutto alla luce delle sempre più frequenti rimostranze degli Stati membri e degli operatori economici.

¹⁷⁴ Tuttavia, in dottrina si ritiene che l'istituto della sospensione sembri sottintendere un funzionamento in parte diverso, poiché si tratta non di concedere alla Commissione tempo ulteriore per l'esame del progetto di aiuto, ma di permettere allo Stato membro di avere il tempo necessario per modificarlo, per renderlo compatibile con il mercato comune o per sottrarlo all'applicazione dell'art. 107 TFUE (SCHEPISI, *Op. Cit.*, p. 88 ss; RUBINI, *Op. Cit.*, p. 149 ss).

Se da un lato, ciò richiede un esercizio oculato del potere di richiedere informazioni supplementari ai sensi dell'art.5, paragrafo 1, del Reg. 659/1999: il Codice delle migliori pratiche stabilisce che normalmente la Commissione invierà una richiesta onnicomprensiva di informazioni e che richieste supplementari verranno formulate soltanto se rese necessarie dalla risposta dello Stato membro interessato¹⁷⁵. Dall'altro, la Commissione reputa, tuttavia, indispensabile il rispetto dei termini previsti per fornire informazioni o formulare osservazioni sia da parte degli Stati membri che dei soggetti terzi.

In realtà, specifica attenzione viene dedicata ai provvedimenti che concludono le varie fasi del procedimento di controllo e alla necessità di migliorare l'efficienza delle prassi interne alla Commissione: indicazioni generali in tal senso si rinvencono sia nel Piano di azione per il periodo 2005-2009 sia nel Codice delle migliori pratiche. Ma la necessità di adottare provvedimenti rapidi emerge, soprattutto, dalla Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle regole in materia di aiuti di Stato nel contesto della crisi finanziaria, ove addirittura, in ragione della situazione di particolare urgenza, i progetti presentati dagli Stati membri potevano essere approvati anche entro ventiquattro ore dalla notifica completa e durante il fine settimana.

Si ritiene doveroso precisare, ad avviso di chi scrive, che l'aspetto meno convincente delle recenti comunicazioni riguarda la partecipazione dei soggetti diversi dai beneficiari dell'aiuto e la trasparenza del procedimento di controllo. Infatti, in questi atti si rileva un chiaro sbilanciamento dell'approccio procedurale in direzione dello Stato membro autore della notifica.

Sebbene in sede di applicazione delle regole sugli aiuti di Stato alla crisi finanziaria, atteso il carattere emergenziale della situazione, questa

¹⁷⁵ Corte di Giustizia, 15 febbraio 2001, causa C-99/98, *Austria c. Commissione (Siemens)*, in *Racc.*, p. I-1101, punti 54 ss.

impostazione appare giustificabile, non altrettanto può dirsi qualora essa venga riproposta nelle comunicazioni di carattere generale.

E del resto lo stesso art. 107 TFUE prevede, in linea generale, un espresso divieto di aiuti di Stato, mentre le ipotesi di aiuti compatibili con il mercato comune costituiscono un'eccezione. A ordinamento invariato non sembra possibile applicare – come mostra di voler fare la Commissione – le norme sul procedimento di controllo nel senso di favorire l'adozione di aiuti compatibili¹⁷⁶.

D'altra parte, neppure la natura di questo procedimento, a differenza di quello prefigurato dal reg. 1/2003¹⁷⁷, giustifica una particolare tutela della posizione dell'autore della notifica, quale emerge in particolare dal Codice delle migliori pratiche. In questo senso, possono segnalarsi, in particolare, la scelta di valutare con maggiore flessibilità la posizione dello Stato membro rispetto ai termini previsti per fornire informazioni nel procedimento di indagine formale o la circoscritta rilevanza attribuita alle denunce dei terzi interessati.

Sul punto, in dottrina, gli istituti meno coerenti con l'esigenza di tutela della posizione dei terzi controinteressati al progetto di aiuto appaiono i contatti pre-notificazione e la pianificazione concordata¹⁷⁸. Infatti, essi danno luogo a fasi di indagine sulla compatibilità del progetto di aiuto completamente estranee al quadro normativo vigente.

In tal modo, sebbene si possano modificare gli obblighi della Commissione nel procedimento di controllo, si crea un canale di comunicazione tra i servizi della Commissione stessa e gli Stati membri dal quale i terzi sono completamente esclusi. Tali strumenti sono per di più accessibili anche ai

¹⁷⁶ BIAGIONI, *Op. Cit.*, p. 91.

¹⁷⁷ In quel contesto, il procedimento di controllo sulle intese ha natura sanzionatoria e, dunque, si richiede una particolare valorizzazione dei diritti di difesa delle imprese interessate: sul punto si rinvia a BIAGIONI G. – GOBBATO S., *Art. 27*, in Adinolfi – Daniele – Nascimbene - Amedeo, *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 334 ss.

¹⁷⁸ SCHEPISI, *Op. Cit.*, p. 98 ss.

beneficiari dell'aiuto, ma soltanto quando quest'ultimo abbia carattere individuale e non rispetto a regimi settoriali, i cui beneficiari potenziali sono in linea di principio indeterminabili *a priori*¹⁷⁹. In particolare, per quanto concerne i contatti pre-notificazione, mentre i beneficiari dell'aiuto possono partecipare a tali contatti, è assolutamente esclusa la partecipazione degli altri terzi interessati. Tuttavia, sul piano formale la questione non sembra suscitare serie perplessità, poiché la Corte di Giustizia ha escluso che vi sia un obbligo di contraddittorio con i terzi addirittura nella fase di indagine preliminare¹⁸⁰. In realtà, dal punto di vista sostanziale la possibilità che gli Stati membri (ed eventualmente i beneficiari dell'aiuto) abbiano contatti preventivi con la Commissione sembra introdurre un fattore di squilibrio all'interno del procedimento di controllo, in qualche modo attenuando la posizione di equidistanza della Commissione¹⁸¹. E del resto il Codice delle migliori politiche postula una cooperazione particolarmente intensa tra i servizi della Commissione e lo Stato membro, che va oltre lo schema delineato nel Reg. n. 659/1999.

In ogni caso, poiché attraverso i contatti pre-notificazione e, soprattutto, attraverso la pianificazione concordata viene sostanzialmente delineato il probabile sviluppo del procedimento di controllo sul progetto di aiuto, che si concluderà, nella maggior parte dei casi, con una decisione ai sensi dell'art. 4, par. 2 e 3, del Reg. n. 659/1999, sarebbe in proposito auspicabile, esigenza peraltro avvertita in dottrina, che venisse estesa a tutti i procedimenti di controllo in cui si applichino tali meccanismi la prassi della pubblicazione di una sintesi della notifica nel sito *web* della Commissione, come descritta nella comunicazione relativa alla procedura

¹⁷⁹ Corte di Giustizia, 17 settembre 2009, causa C-519/07 P, *Commissione c. Koninklijke Friesland Campina NV*, in *Racc.*, p. I 8495.

¹⁸⁰ Corte di Giustizia, 2 aprile 1998, causa C-367/95 P, *Commissione c. Sytraval*, in *Racc.*, p. I-1719, punto 58.

¹⁸¹ RZOTKIEWICZ, *The General Principles of EU Law and Their Role in the Review of State Aid Put into Effect by Member States*, in *Estal: European State Aid Law*, Lexxion, vol. 12, n.3, 2013, p. 470 ss.

di esame semplificata per determinati tipi di aiuti di Stato, e della conseguente possibilità per i terzi interessati di presentare osservazioni¹⁸².

Infine, un obiettivo in qualche modo strumentale rispetto alla semplificazione del procedimento di controllo è costituito dalla garanzia di un'ampia informazione sulle regole vigenti in materia di aiuti di Stato. Tale informazione è diretta, in particolare, agli operatori privati, specialmente se potenziali beneficiari.

E' opportuno precisare che questo obiettivo viene perseguito anzitutto con l'elaborazione di *handbooks* diretti alle imprese e periodicamente aggiornati, nei quali vengono riassunti i principali aspetti procedurali e sostanziali delle regole in materia di aiuti di Stato. Sebbene essi non possano, evidentemente, produrre effetti vincolanti, c'è da chiedersi come essi possano interferire con il principio del legittimo affidamento, che come noto, in materia di aiuti di Stato, può essere invocato soltanto se l'aiuto è stato concesso nel rispetto delle procedure vigenti¹⁸³.

E' tuttavia lecito domandarsi se una decisione della Commissione in contrasto con le indicazioni contenute negli *handbooks* non possa essere impugnata, almeno dai privati, per violazione del principio del legittimo affidamento secondo la consueta regola dell'autoeliminazione. Inoltre, questo sforzo informativo dovrebbe coniugarsi, secondo gli intendimenti della Commissione, con un più ampio uso degli strumenti telematici, come prefigurato dal Piano di azione 2005-2009.

A ciò si deve aggiungere che la citata Comunicazione relativa a una procedura di esame semplificata per determinati tipi di aiuto di Stato prevede che la pubblicazione della notifica sul *website* della Commissione

¹⁸² SCHEPISI, *Le decisioni della Commissione che concludono il procedimento di controllo: contenuti ed effetti giuridici*, in *Aiuti pubblici alle imprese e competenze regionali*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 280.

¹⁸³ In dottrina, BIAGIONI, *Op. Cit.*, p. 94 ss; in giurisprudenza, tra le tante, Corte di Giustizia, 20 marzo 1997, causa C 24/95, *Alcan Deutschland*, in *Racc.*, p. I-1591, punto 25; Corte di Giustizia, 11 dicembre 2008, causa C-334/07 P, *Commissione c. Freistaat Sachsen*, in *Racc.*, p. I-6495, punto 45.

faccia decorrere per i terzi interessati il termine per presentare osservazioni nella fase dell'esame preliminare.

Ciò posto, restano forti dubbi, ad avviso di chi scrive, sulla prassi di adottare simili regole con lo strumento della comunicazione: sembra evidente che lo snellimento delle procedure e la maggiore accessibilità di tali segnalazioni costituiscono senz'altro un elemento positivo.

Orbene, il processo di riforma delle norme sugli aiuti di Stato è certamente ambizioso perché investe sia profili sostanziali, comportando la modifica e l'introduzione di regole nuove nei vari settori, che procedurali insistendo, sotto questo profilo, sia sull'aspetto del controllo a carattere pubblicistico (come meglio si vedrà nel successivo capitolo) esercitato dalla Commissione e dagli Stati membri che su quello privatistico degli operatori del mercato di volta in volta coinvolti attraverso il rafforzamento degli strumenti processuali a disposizione del proprio ordinamento (ed è proprio su questo punto che si insisterà nella parte finale del presente lavoro).

PARTE II
GLI AIUTI DI STATO E IL PUBLIC ENFORCEMENT

CAPITOLO I

L'esecuzione delle decisioni sugli aiuti illegali ed incompatibili

1. I presupposti e le modalità per il recupero dell'aiuto.

Il recupero dell'aiuto illegale ed incompatibile ha semplicemente la finalità di ristabilire lo *status quo ante* come logica conseguenza della sua illegittimità. A tal fine, le somme illegalmente erogate e da recuperare devono essere maggiorate dagli interessi equivalenti “*al vantaggio finanziario derivante dalla disponibilità dei fondi in questione, a titolo gratuito, per un determinato periodo*”¹⁸⁴ (art. 14, par.2).

La Commissione richiamando il contenuto dell'art. 14, par.1, introduce, tuttavia, un elemento di incertezza circa la natura del suo potere di ordinare il recupero. Secondo quanto letteralmente previsto dall'art. 14, “*la Commissione adotta una decisione con la quale impone allo Stato membro di adottare tutte le misure necessarie per recuperare l'aiuto dal beneficiario*”. Agli occhi della dottrina (pressoché unanime), tale disposizione confermerebbe l'esistenza di un vero e proprio obbligo a carico della Commissione. Ed, infatti, la Comunicazione lascia intendere molto chiaramente che l'ordine di recuperare l'aiuto di cui all'art. 14 del reg. 659/99 costituisce un vero e proprio obbligo¹⁸⁵ a carico della Commissione.

Senonché, la Comunicazione, al successivo punto 17, afferma che “*il regolamento di procedura pone due limiti alla facoltà della Commissione di ordinare il recupero degli aiuti illegali ed incompatibili*”. Orbene, da un

¹⁸⁴ Sentenza della Corte di giustizia, 4 aprile 1995, causa C-348/93, *Commissione c. Italia*, in *Racc.*, p. I-673.

¹⁸⁵ Si legge chiaramente: “*l'art. 14 del regolamento di procedura conferma la giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia e impone alla Commissione l'obbligo di recuperare gli aiuti illegali ed incompatibili*”.

lato, è corretto affermare come la giurisprudenza comunitaria inizialmente si sia orientata verso la facoltà e non l'obbligo di richiedere il recupero dell'aiuto. Dall'altro, è anche vero che il punto 17 della Comunicazione, in cui si parla di "*facoltà*", richiama la giurisprudenza più recente in base alla quale viene ribadita la natura di "*obbligo*" dell'ordine di recuperare l'aiuto. Invero, la Commissione non ha mai utilizzato il termine "*facoltà*" ma esclusivamente "*power, poder*", confermando, in tal modo, che si tratta di un "*obbligo*" di disporre il recupero.

Tale potere di ordinare il recupero dell'aiuto incontra, tuttavia, due limiti: l'esistenza di un contrasto con un principio generale del diritto comunitario e la scadenza del termine prescrizionale di dieci anni, il quale decorre dal giorno in cui l'aiuto illegale viene concesso al beneficiario.

Inoltre, è opportuno precisare che il recupero dell'aiuto va effettuato senza indugio secondo le procedure previste dalla legge dello Stato membro interessato, a condizione che esse consentano l'esecuzione immediata ed effettiva della decisione della Commissione. Tali misure devono essere innanzitutto effettive, cioè consentire un esito concreto in termini di recupero. Ne deriva che le procedure nazionali che non rispettino tale condizione non possono essere applicate anche qualora fossero le uniche previste dall'ordinamento interno¹⁸⁶. Ovviamente l'esecuzione deve essere immediata. Non soddisfano questi requisiti le procedure nazionali che impedendo il ripristino immediato della situazione antecedente prorogano l'indebito vantaggio concorrenziale derivante dalla concessione degli aiuti illegali ed incompatibili.

¹⁸⁶ Particolarmente importante è la sentenza della Corte di Giustizia, 20 maggio 2010, causa C-210/09, *Scott SA e Kimberly Clark SAS*, in *Racc.*, 2012, p. I-16, secondo la quale nella situazione in cui gli importi corrispondenti all'aiuto siano stati già recuperati, non è in contrasto con l'art. 14, par.3, del reg. n. 659/99 una norma procedurale che consenta "l'annullamento della forma, da parte del giudice nazionale, degli avvisi di liquidazione emessi al fine di recuperare l'aiuto di Stato illegittimo, qualora l'ordinamento nazionale garantisca la possibilità di sanare tale vizio di forma".

Da ultimo, poiché la decisione è obbligatoria in tutti i suoi elementi, lo Stato è ovviamente tenuto ad eseguirla nella sua integralità, a meno di un'impossibilità assoluta.

Le novità più importanti in tema di recupero di un aiuto si registrano, invero, con riferimento ai termini entro i quali lo Stato deve dare esecuzione alla decisione della Commissione.

In particolare, la Commissione non ha mai ritenuto di essere obbligata a concedere un determinato periodo di tempo allo Stato per eseguire la decisione¹⁸⁷, tuttavia, essa fissava un termine, peraltro brevissimo¹⁸⁸, entro il quale lo Stato era vincolato ad eseguire la decisione. Era prassi costante, invece, l'indicazione di un periodo di tempo (normalmente due mesi) entro il quale lo Stato doveva comunicare le misure già adottate per eseguire la decisione. In realtà, la Corte, con un approccio che può essere definito elastico, ha ritenuto che la scadenza del periodo di tempo, indicato nella decisione, per la comunicazione delle misure adottate valesse anche come termine ultimo, concesso allo Stato, per eseguire gli obblighi contenuti nella decisione. Un eventuale inadempimento dello Stato per violazione della decisione si sarebbe dovuto pertanto valutare soltanto dopo tale data¹⁸⁹.

E' opportuno precisare che la Commissione, nella sua Comunicazione, riconosce, invero, l'eccessiva brevità del termine di due mesi per l'esecuzione della decisione e stabilisce di portare tale termine a quattro mesi annunciando però che nelle sue decisioni essa indicherà due termini distinti: uno di due mesi entro i quali lo Stato deve informare la Commissione dei provvedimenti adottati o previsti, e uno di quattro mesi,

¹⁸⁷ Corte di giustizia, 2 luglio 1974, causa 173/73, *Commissione c. Italia*, in *Racc.*, p.709, punto 13; Corte di giustizia, 27 giugno 2000, causa C-407/97, *Portogallo c. Commissione*, in *Racc.*, p.I-4897.

¹⁸⁸ In genere, veniva indicato un termine di 15 giorni per abolire gli aiuti considerati incompatibili e un termine di due mesi per adottare le misure necessarie al fine di recuperare gli aiuti. Inoltre, la Commissione poteva indicare un termine di un mese per una prima comunicazione circa le misure adottate.

¹⁸⁹ L'inadempimento rilevabile dopo la scadenza di detto termine poteva, dunque, essere duplice: non avere adottato talune misure richieste e non aver comunicato in tempo alla Commissione le misure effettivamente adottate.

entro i quali la decisione dovrà essere eseguita¹⁹⁰. Tale termine potrà essere prorogato qualora lo Stato incontri gravi difficoltà e ne informi la Commissione fornendo le dovute giustificazioni.

Inoltre, nonostante l'estensione del termine di esecuzione e in assenza di indicazioni di segno opposto contenute nella Comunicazione, dovrebbe rimanere fermo l'assunto secondo cui l'esecuzione degli obblighi di soppressione e di recupero dell'aiuto entri i termini (prima due mesi ora quattro) non significa giungere, alla data prescritta, alla soppressione e alla restituzione effettive, ma più in generale adottare tutte le misure necessarie per permettere la realizzazione di tale risultato nel modo più rapido possibile.

In ordine alla possibilità di facilitare gli Stati nell'esecuzione dell'ordine di recupero, uno dei principali obiettivi che la Commissione si pone è senz'altro quello di emanare decisioni quanto più precise e complete per quanto riguarda l'identificazione delle imprese tenute a rimborsare l'aiuto e dell'importo da recuperare. Infatti, come si legge nella sua Comunicazione, la Commissione si impegnerà a seguire gli orientamenti dei giudici di Lussemburgo per verificare se vi sia stato trasferimento di un vantaggio indebito ad altri soggetti, tale cioè da non rispecchiare nessuna logica economica, con la conseguenza di estendere l'obbligo di recupero alle imprese, diverse dal beneficiario, che abbiano effettivamente tratto vantaggio dall'aiuto¹⁹¹.

¹⁹⁰ Con riferimento all'Italia, si veda la Decisione della Commissione n. 2009/155/CE, del 12 novembre 2008, in *G.U.* n. L 52 del 25 febbraio 2009, p.3 (sovvenzione di 300 milioni di euro a favore dell'Alitalia).

¹⁹¹ Cfr. SINNAEVE, *State Aids Procedures: Developments since the entry into force of the Procedural Regulation*, in *CMLRev.* 2007, sub p. 3.3.5. La Commissione potrà, dunque, estendere tale obbligo qualora dimostri ad esempio che i beni patrimoniali siano ceduti a terzi ad un prezzo inferiore a quello di mercato, in particolare ad una società che subentra all'impresa beneficiaria creata per eludere l'ordine di recupero. Del pari, la Commissione non potrà dedurre l'esistenza di un trasferimento di un indebito vantaggio in caso di vendita di azioni di un'impresa destinataria di un obbligo di rimborso dell'aiuto qualora l'acquirente abbia pagato il prezzo di mercato equivalente per le azioni di quella impresa.

Nell'ipotesi in cui la Commissione non riuscisse ad individuare le imprese tenute al rimborso dell'aiuto illegale ed incompatibile, sarà compito invece dello Stato, in forza del principio di leale collaborazione più volte richiamato nella Comunicazione, quello di individuare senza indugio i beneficiari. Ciò accade in particolare nel caso in cui il trasferimento del vantaggio indebito a terzi avvenga in fase di esecuzione della decisione ovvero qualora la decisione di recupero riguardi un regime di aiuti e la Commissione non riesca pertanto ad identificare tutte le imprese beneficiarie¹⁹².

Questioni simili a quelle sin qui esposte si pongono con riferimento al *quantum* da recuperare. La Commissione si propone, da un lato, di giungere ad una definizione il più esatta possibile, qualora disponga dei dati necessari, ma dall'altro, essa precisa di non essere tenuta legalmente a fissare tale importo e che pertanto è sufficiente che la decisione contenga gli elementi utili affinché lo Stato possa determinare l'ammontare da recuperare. Tuttavia, occorre precisare, con riferimento ai regimi di aiuto, che la Commissione pare escludere di pervenire ad una esatta quantificazione dell'importo da ripetere presso ciascun beneficiario. In questo caso, pertanto, sarà lo Stato a dover effettuare un'analisi dettagliata dell'aiuto accordato in ciascun caso, valutando se l'aiuto sia stato concesso ad un progetto specifico che all'epoca della concessione rispondeva alle condizioni poste dai regolamenti di esenzione per categoria o di un regime già approvato dalla Commissione¹⁹³.

¹⁹² La Comunicazione, infatti, non risolve una delle questioni più critiche che si pongono all'atto dell'esecuzione delle decisioni da parte degli Stati e cioè la difficoltà di identificare le imprese beneficiarie nei casi, che ormai rappresentano la maggior parte, di concessione di regimi di aiuti. E tale difficoltà si evidenzia in modo particolare qualora nell'ambito dei regimi di aiuti siano disposte misure fiscali o parafiscali sotto forma di agevolazione o sgravio di tasse o contributi.

¹⁹³ Inoltre, lo Stato potrà anche applicare i criteri *de minimis* richiedendo soltanto l'importo che ecceda il *quantum* indicato nel regolamento di esenzione in vigore all'epoca della concessione della misura d'aiuto. Infine, lo Stato potrà valutare l'incidenza del sistema fiscale richiedendo al beneficiario la restituzione dell'importo al netto delle imposte eventualmente pagate sull'ammontare ricevuto a titolo di aiuto. Le

Infine, qualche precisazione merita la questione relativa agli interessi da recuperare, calcolati, secondo quanto prevede l'art. 14, par. 2 del reg. n. 659/99 (sul quale si tornerà nel prosieguo del lavoro), ad un tasso adeguato stabilito dalla stessa Commissione. Autorevole dottrina, ha ritenuto che la Comunicazione, richiamando i principi giurisprudenziali in materia, si limiti a precisare che tali interessi decorrono dalla data in cui l'aiuto è divenuto disponibile per il beneficiario (e dunque alla data di erogazione e non a quella dell'atto di concessione) fino alla data di recupero (ovvero dell'effettivo rimborso)¹⁹⁴.

Da evidenziare che indicazioni più dettagliate circa le modalità di calcolo degli interessi sono contenute nella posteriore Comunicazione del 2009 sul ruolo dei giudici nazionali¹⁹⁵. In essa sono indicati invero i criteri che il giudice dovrebbe seguire per quantificare l'ammontare degli interessi in caso di recupero degli aiuti illegali (punto 41). Tuttavia, la stessa Commissione precisa che "il recupero da parte di una giurisdizione nazionale degli interessi dovuti per la durata della violazione *persegue lo stesso obiettivo del recupero degli interessi da parte della Commissione ai sensi dell'art. 14 del regolamento di procedura*" e che nel dettare tali criteri intende *garantire la coerenza con l'art. 14 del regolamento di procedura*. In base al disposto della Comunicazione del 2009, il metodo di calcolo degli interessi, a livello nazionale, non può essere meno rigoroso rispetto a quello indicato nel regolamento di esenzione (principio di effettività). Se il metodo nazionale di calcolo degli interessi è più rigoroso, troveranno applicazione le norme nazionali più severe. A questo punto, due questioni. Innanzitutto, ci si chiede se i criteri considerati dalla Commissione come

autorità dovranno però accertarsi che il beneficiario non si avvalga di ulteriori detrazioni fiscali, adducendo ad esempio che il rimborso dell'aiuto ha ridotto il suo reddito imponibile.

¹⁹⁴ SCHEPISI, *L'esecuzione effettiva delle decisioni sugli aiuti illegali ed incompatibili*, in *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di Stato*, Schepisi (a cura di), Giappichelli, Torino, 2011, p.107.

¹⁹⁵ Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali, in G.U. n. C 85 del 9 aprile 2009, p. 1.

“coerenti” con l’art. 14 del reg. 659/99, possano valere anche nell’ipotesi in cui la decisione della Commissione non contenga indicazioni precise sul *quantum* da recuperare, rinviando allo Stato la determinazione esatta dell’ammontare¹⁹⁶.

Una seconda questione, probabilmente più interessante, ad avviso di scrive, involge il rispetto del principio di *equivalenza* in caso di applicazione di un diverso calcolo del tasso di riferimento a seconda che il rimborso dell’auto illegale sia ordinato direttamente dalla Commissione (e, quindi, secondo i criteri stabiliti dal reg. n. 794/2004¹⁹⁷) o invece sia disposto da un giudice nazionale (con applicazione delle norme nazionali più severe). In altri termini, il rispetto del principio di equivalenza voluto dalla Commissione nel richiedere l’applicazione dello stesso livello di severità sebbene con riferimento a diversi metodi di calcolo del tasso di riferimento a seconda che si tratti di una decisione di recupero della misura (e, quindi, di un’azione fondata sul diritto dell’Unione), ovvero di una richiesta di rimborso fondata sul diritto nazionale, non sembra essere garantito in riferimento alla diversa provenienza dell’ordine di recupero¹⁹⁸.

Un’altra interessante osservazione, ad avviso di scrive, va fatta con riferimento al recupero degli interessi nel caso in cui la Commissione adotti una decisione di compatibilità dell’aiuto, ma ne dichiari al contempo l’illegalità. Tale questione fuoriesce dal campo di applicazione della Comunicazione del 2007 e rientra nel più ampio contesto del *public enforcement* ossia del controllo dello Stato sulla corretta applicazione della disciplina degli aiuti di Stato ed, in particolare, dell’esecuzione delle decisioni della Commissione.

¹⁹⁶ VITALE, *Il recupero degli aiuti di Stato illegittimamente erogati tra autorità del giudicato ed incompatibilità con il mercato comune in una recente sentenza della Corte di Giustizia*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 3-2008, p. 597 ss.

¹⁹⁷ Regolamento CE n. 794/2004 della Commissione, del 21 aprile 2004, *recante disposizioni di esecuzione del regolamento (CE) n. 59/2009*, in G.U. n. L 140 del 30 aprile 2004, p.1.

¹⁹⁸ Cfr. CIAMPOLILLO, *Incompatibilità e recupero degli aiuti*, in *Aiuti di Stato in materia fiscale*, Salvini (a cura di), Cedam, Padova, 2007, p. 271 ss.

Sul punto, la Corte di giustizia, nel caso *CELF*¹⁹⁹, ha precisato che il giudice nazionale investito della relativa questione non è tenuto a ordinare il recupero dell'aiuto illegale compatibile, ma (come ricorda la Comunicazione del 2009) ha l'obbligo di disporre il recupero degli interessi maturati nel periodo intercorrente tra la concessione dell'aiuto e l'adozione della decisione finale. Pertanto, a prescindere da un'azione giurisdizionale, lo Stato, in quanto destinatario della decisione (positiva) della Commissione, sarebbe comunque obbligato a recuperare gli interessi maturati dal beneficiario.

A questo punto, è necessario approfondire un altro punto molto importante in tema di recupero, ovvero l'esecuzione delle decisioni "negative" sugli aiuti illegali.

La decisione della Commissione è obbligatoria per tutti gli organi dello Stato e ciò implica che ciascun organo dello Stato membro coinvolto nell'esecuzione della decisione di recupero deve adottare tutti i provvedimenti necessari per garantire l'effettività di tale decisione. Spetta certamente allo Stato individuare l'organo tenuto all'esecuzione della decisione di recupero che normalmente coincide con quello che ha concesso l'aiuto.

Le misure che lo Stato in concreto deve adottare per non risultare inadempiente dipendono dalla struttura dell'ordinamento interno e dalla natura dei provvedimenti che sono stati adottati per istituire e poi erogare l'aiuto. In primo luogo, gli atti legislativi e amministrativi che hanno disposto l'aiuto devono essere formalmente abrogati anche qualora non vengano in concreto applicati²⁰⁰. In secondo luogo, la modifica deve

¹⁹⁹ Corte di Giustizia, 12 febbraio 2008, causa C-199/06, *Centre d'exportation du libre français (CELF)*, in *Racc.*, p. I-469.

²⁰⁰ Corte di giustizia, 11 luglio 1984, causa 130/83, *Commissione c. Italia*, in *Racc.*, p. 2849.

avvenire mediante atti aventi la medesima forza giuridica delle misure di concessione dell'aiuto²⁰¹.

Tuttavia, che la restituzione deve essere effettuata *senza indugio* (così recita l'art. 14, par.3, Reg. 659/99) al fine di ripristinare quanto prima lo *status quo ante*, la giurisprudenza comunitaria sembrerebbe tener maggiormente conto del conseguimento effettivo del risultato che della tipologia delle misure adottate, salvo in ogni caso l'obbligo per lo Stato di intervenire a modifica o ad abrogazione delle disposizioni interne in conflitto con il diritto comunitario. A tale riguardo, la Commissione precisa che “*le autorità responsabili devono vagliare l'intera gamma di strumenti di recupero disponibili in base al diritto nazionale e selezionare la procedura più idonea a garantire l'esecuzione immediata della decisione*”. E' opportuno precisare però che non è sufficiente che lo Stato individui, tra quelle a sua disposizione, la procedura ritenuta più idonea a conseguire il risultato richiesto posto che questa deve essere anche tale da assicurare effettivamente l'immediata esecuzione della decisione. La mancanza di misure adeguate nel proprio ordinamento non giustifica, infatti, un ritardo dello Stato nel recuperare l'aiuto e obbliga invece quest'ultimo ad introdurre procedimenti ritenuti idonei. Nell'ipotesi in cui gli aiuti siano impugnati dinanzi ai giudizi nazionali, eventuali disposizioni che possano ostacolare l'esecuzione immediata della decisione devono essere disapplicate²⁰².

²⁰¹ Sul punto si veda la Cass., 4 marzo 2005, n. 4769. Sotto questo profilo non appare così peregrina la posizione del Consiglio di Stato nella criticata sentenza del 24 gennaio 1989, n. 30 (in *Giur. It.*, 1989, p. 685). Nella specie il Consiglio di Stato aveva ritenuto l'illegittimità di una circolare adottata per eseguire una decisione negativa della Commissione, in presenza di norme legislative in contrasto con una decisione. Tuttavia, si ritiene discutibile la premessa da cui il Consiglio di Stato partiva, ovvero l'assenza di efficacia diretta della decisione e non, invece, l'inidoneità in sé della circolare, per ragioni di certezza del diritto, ad adempiere agli obblighi imposti dalla decisione. Cfr. VILLANI, *In tema di efficacia diretta delle decisioni comunitarie*, in *Riv. dir. int.*, 1989, p. 609 ss.

²⁰² Cfr. ANGELI, *The European Commission's "New policy" on State Aid Control: Some Reflections on Public and Private Enforcement of Recovery of Illegal Aid*, in *ECLRev.*, 2009, p. 533 ss.

2. (segue) Le misure adottate dall'ordinamento italiano nelle ipotesi di decisioni su aiuti illegali ed incompatibili.

Abbiamo visto come le procedure di recupero possono cambiare da uno Stato all'altro, quali sono le modalità di recupero di un aiuto. Adesso è necessario capire cosa succede nell'ipotesi (peraltro frequente) in cui nell'ambito di uno stesso Stato vi sia la possibilità di applicare procedure diverse. Normalmente, la procedura è selezionata in base alla natura dell'atto che ha disposto la concessione dell'aiuto.

In particolare, nell'ordinamento italiano, la procedura prevista per il recupero dell'aiuto dipende dalla forma in cui l'atto è erogato (bando di gara pubblica, contrattazione programmata, incentivi automatici). La maggior parte di aiuti di Stato viene, in particolare, concessa tramite procedura pubblica a carattere valutativo e dunque disposta con atto legislativo. La procedura che viene eseguita dall'amministrazione è, nella maggior parte dei casi, già indicata nella legge che ha abrogato l'aiuto²⁰³.

Discussa è, tuttavia, la questione se le autorità amministrative possono annullare o revocare l'atto di concessione di un aiuto illegale ed incompatibile, chiedendo al contempo il recupero del *quantum* già erogato, senza attendere la previa abrogazione delle norme di legge su cui si fondava l'atto amministrativo. Nella prassi, è certamente da notare che l'amministrazione che ha erogato la misura, preferisce attendere l'adozione di una legge per poi revocare o rimuovere l'atto amministrativo di concessione dell'aiuto e procedere al suo recupero²⁰⁴. L'orientamento giurisprudenziale non è stato invece sempre univoco. Il Consiglio di Stato con una sentenza del 1989²⁰⁵, aveva ritenuto illegittima una circolare del Ministero con la quale veniva richiesto il recupero dell'aiuto in mancanza

²⁰³ Il provvedimento utilizzato è generalmente un decreto ministeriale o un decreto del direttore generale che revoca il decreto di concessione ed ordina il recupero dell'aiuto indicando un termine dai 60 ai 90 giorni. In caso di inottemperanza dell'ordine di recupero, l'amministrazione può avvalersi dello strumento del decreto ingiuntivo.

²⁰⁴ SCHEPISI, *Op. Cit.*, p. 111.

²⁰⁵ Cons. Stato, 24 gennaio 1989, n. 30/1989.

dell'adozione di una nuova legge. La pronuncia si fondava sul fatto che la decisione della Commissione non potesse produrre effetti diretti con la conseguenza che una circolare veniva ritenuto un atto inidoneo ad incidere sul contenuto di una legge.

L'attuale posizione del Consiglio di Stato, in linea con quella della Corte di Cassazione²⁰⁶, è invece nel senso di riconoscere effetti diretti alle decisioni. Pertanto, secondo i giudici, l'amministrazione potrebbe procedere immediatamente ed autonomamente al recupero dell'aiuto adottando propri provvedimenti pur in assenza della rimozione dell'atto legislativo che ha istituito l'aiuto²⁰⁷.

Una seconda questione che si è posta riguarda il tipo di provvedimento che l'amministrazione può adottare per revocare o ritirare la concessione dell'aiuto e il relativo margine di discrezionalità.

Infatti, l'adozione di un provvedimento piuttosto che di un altro produce conseguenze sui motivi di impugnazione dell'atto da parte del beneficiario dell'aiuto. Nell'ordinamento italiano l'orientamento prevalente è nel senso del ricorso ad un atto di revoca del provvedimento di concessione dell'aiuto sulla base delle norme generali in materia di procedimento amministrativo²⁰⁸. L'adozione di un atto di revoca non incontra limiti di tempo e il trascorrere di un lungo periodo tra l'atto iniziale e quello di revoca incide solamente sull'obbligo di darne adeguata motivazione del provvedimento. Il presupposto per la revoca è un nuovo bilanciamento dell'interesse pubblico e di quello privato. Inoltre, in caso di decisione di recupero l'amministrazione di fatto procederebbe ad una "nuova valutazione dell'interesse pubblico originario"²⁰⁹.

²⁰⁶ Cass., 10 dicembre 2002, n.17564.

²⁰⁷ Cons. Stato, 29 gennaio 2002, n. 465 e 16 settembre 2002, n. 4658.

²⁰⁸ Legge 241/1990, art. 21. Parla di "revoca" il Consiglio di Stato nella nota sentenza del 8 giugno 2009, n. 3464, *Lucchini siderurgica c. Ministero attività produttive*.

²⁰⁹ GAMBARO – PAPI ROSSI, *Il recupero degli aiuti illegali ed incompatibili*, in Santa Maria, *Concorrenza e aiuti di Stato*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 231.

Tuttavia, bisogna constatare come parte della dottrina e della giurisprudenza amministrativa sottolinei l'improprietà dell'utilizzo dello strumento della revoca. Formalmente, infatti, la revoca non ha effetto retroattivo in quanto oggetto non è l'originario provvedimento in sé bensì gli effetti che questo produce. Dunque, il beneficiario potrebbe impugnare la revoca chiedendo di mantenere in vita i benefici già accordati e facendo salvi gli importi già percepiti, cosa che invece il diritto comunitario esclude. Per alcuni sarebbe, pertanto, più corretto parlare di "annullamento" dell'atto e di conseguente revoca del contributo²¹⁰. I presupposti per tale forma di autotutela sono, infatti, l'invalidità insanabile del provvedimento e un nuovo bilanciamento degli interessi. L'annullamento dell'atto ha effetti retroattivi. Tuttavia, si obietta che in caso di recupero di aiuti illegittimi, la discrezionalità dell'amministrazione sarebbe estremamente limitata perché già vincolata dalla decisione della Commissione. Il rilievo può essere superato sostenendo che la valutazione dell'interesse pubblico è assorbita dal contenuto della stessa decisione e, quindi, è *in re ipsa*²¹¹.

Altra questione è se l'amministrazione possa procedere direttamente al recupero amministrativo che rimuova il precedente atto di concessione dell'aiuto. Qualora si sostenga che la decisione produca effetti diretti, si potrebbe ritenere che la revoca o l'annullamento dell'atto sarebbe *inutiliter datum* e sarebbe sufficiente per l'amministrazione disapplicare l'atto di concessione dell'aiuto e ordinare immediatamente il recupero dell'aiuto. Tuttavia, la prassi dimostra che raramente l'amministrazione procede in tal senso. E' piuttosto nell'eventuale fase giurisdizionale che il giudice nazionale, stante l'inerzia dell'amministrazione provvede a disapplicare

²¹⁰ TAR Campania, 2 maggio 2006, n. 453.

²¹¹ TAR Ancona, 15 aprile 2009, n. 216.

l'atto amministrativo in contrasto con la decisione della Commissione ordinando di procedere al recupero²¹².

Infine, per quanto concerne il tipo di procedura da seguire per il recupero dell'aiuto, l'amministrazione può agire in via ordinaria notificando un atto di citazione ed utilizzando lo strumento del decreto ingiuntivo previsto dall'art.645 c.p.c.²¹³. Tale procedura presenta notevoli vantaggi per il debitore che potrà rivolgersi al giudice ordinario anziché a quello amministrativo e, peraltro, consente un immediato recupero dell'aiuto in base a quanto previsto dall'art. 14 del Reg. n. 659/99. Tuttavia, è possibile seguire questa strada solo se il credito è certo, liquido ed esigibile, e ciò presuppone, ovviamente, che siano accertati con precisione sia il *quantum* da recuperare che i beneficiari dell'aiuto.

Rilevanti difficoltà, riguardo proprio alla definizione del *quantum* e all'identificazione dei beneficiari, si pongono anche per il recupero degli aiuti concessi attraverso misure fiscali, ed in particolare attraverso esenzioni o sgravi d'imposta²¹⁴. La procedura prevede che l'Agenzia delle entrate emani un avviso di accertamento nei confronti del soggetto agevolato. In realtà, l'Agenzia delle entrate è in grado di effettuare un reale controllo solo dopo cinque anni dall'agevolazione concessa e questo vale in particolare

²¹² CERULLI IRELLI, *Diritto europeo e diritto interno nel sistema di tutela giurisdizionale delle controversie di diritto pubblico*, Relazione presentata in occasione del Corso di Alta Formazione in Diritto Comunitario, Roma, La Sapienza, 2010, Par. 3.3.

²¹³ Una regola di carattere generale per i crediti dello Stato sembra essere quella dell'art.14 della legge n.15 del 2005 che ha modificato la legge 241/1990. La norma prevede che "ai fini dell'esecuzione delle obbligazioni aventi ad oggetto somme di denaro, si applicano le disposizioni per l'esecuzione coattiva dei crediti dello Stato". In effetti, l'art. 2 del r.d. 639/1910 già prevede a favore della P.A., uno strumento privilegiato di riscossione utilizzato sia per le entrate di diritto pubblico che per quelle di diritto privato. La procedura prevede l'emissione di un'ingiunzione di pagamento da parte del competente ufficio di pagare entro 30 giorni la somma dovuta. L'ordine è notificato nella forma dell'atto di citazione. Entro 30 giorni il debitore può proporre ricorso in opposizione dinanzi al giudice competente per valore del luogo in cui ha sede l'ufficio emittente secondo le norme del c.p.c. In giudizio si trasforma in giudizio di cognizione, sempre dinanzi al giudice ordinario. In mancanza di opposizione, il titolo diventa esecutivo (Cons. Stato, 8 maggio 2001 e Cass. 23 luglio 1992, n. 8903).

²¹⁴ Cfr. CIAMPOLILLO, *Incompatibilità e recupero degli aiuti*, in *Aiuti di Stato in Materia Fiscale*, Livia Salvino (a cura di), Cedam, Padova, 2007, p. 274 ss.

con riferimento alle agevolazioni concesse nell'ambito di regimi di aiuto. Infatti, il beneficiario non è subordinato alla presentazione di una domanda ma è "auto attribuito" dal soggetto che ritiene di essere in diritto di avvalersi di tale incentivo.

Dunque, l'autorità non è in grado di conoscere *ex ante* i soggetti che hanno effettivamente beneficiato dell'agevolazione ma può soltanto (ed eventualmente) procedere ad un controllo a posteriori e/o a campione, richiedendo, ad esempio un'autocertificazione²¹⁵.

Pertanto, si ritiene che l'adozione di procedure diverse a seconda dello strumento utilizzato per la concessione ed erogazione dell'aiuto e l'intervento, nella maggior parte dei casi, di diversi organi (legislativi e amministrativi) siano causa di forti ritardi nell'esecuzione di decisioni negative della Commissione da parte dell'ordinamento italiano²¹⁶.

Sul punto, tuttavia, si segnala come l'ordinamento italiano abbia recentemente introdotto con legge 101/2008 disposizioni particolareggiate in materia di recupero degli aiuti dinanzi alle giurisdizioni civili e tributarie. Le norme ricalcano l'orientamento espresso dalla Commissione nella

²¹⁵ Nonostante l'introduzione di alcune norme *ad hoc* e il buon funzionamento della banca dati istituita presso il Ministero dello Sviluppo economico, in numerosi casi lo Stato italiano ha incontrato notevoli difficoltà nell'accertamento delle imprese che avessero beneficiato di aiuti ai fini del loro recupero e nel calcolo del *quantum* tenendo conto della possibilità che taluni aiuti potessero essere stati concessi nell'ambito del *de minimis* o di altri regolamenti di esenzione. Una questione si è posta nel noto caso delle aziende municipalizzate, culminato con la sentenza di infrazione del 1° giugno 2006 (Corte giust., *Commissione c. Italia*, cit.), per non avere lo Stato italiano recuperato gli aiuti dichiarati illegali ed incompatibili, con decisione della Commissione n. 2003/193/CE, concessi sotto forma di esenzione fiscale e prestiti agevolati a favore di imprese di servizi pubblici a prevalente capitale pubblico. Dopo tale sentenza, il Ministero dell'Interno, di concerto con il Ministero dell'Economia e delle Finanze e con il Ministero delle politiche europee, ha finalmente adottato, sulla base dell'art. 27 della legge 62/2005, il decreto del 21 luglio 2006 con il quale ha invitato le aziende beneficiarie che avevano ricevuto prestiti agevolati ai sensi dell'art. 9 *bis* del d.l. n. 318 del 9 agosto 1986, a presentare idonea documentazione che dimostrasse il ricorrere il ricorrere delle condizioni di esenzione da convertire in sovvenzioni dirette di denaro. Un provvedimento per certi versi analogo è stato adottato dall'Agenzia delle Entrate, il 4 aprile 2006, il quale ha invitato le imprese beneficiarie dell'esenzione fiscale a dichiarare e auto-liquidare gli importi delle imposte non corrisposte per effetto dell'agevolazione poi giudicata illegittima ed incompatibile dalla Commissione.

²¹⁶ SCHEPISI, *Op. Cit.*, p. 116.

Comunicazione del 2007 riguardo agli stretti limiti entro cui il ricorrente può domandare la sospensione del provvedimento di recupero. Inoltre, tali norme dovrebbero anche porre rimedio alle richieste di sospensione presentate unicamente per motivi dilatori²¹⁷.

Infine, è necessario fermarsi a considerare l'ipotesi di impossibilità assoluta di eseguire la decisione di recupero della Commissione. Al riguardo, esaminando la giurisprudenza comunitaria, si può notare come la Corte non giustifichi alcun tipo di ostacolo incontrato dallo Stato nell'adempimento della decisione, ed, infatti, non costituiscono valida esimente ritardi dovuti a norme o situazioni del proprio ordinamento giuridico²¹⁸, tra cui le difficoltà tecniche nell'individuare i beneficiari e gli ostacoli di ordine processuale interno²¹⁹, o l'esistenza di norme nazionali in materia di prescrizione o l'assenza di un'ordinanza di recupero in base al diritto nazionale. Del tutto influente è anche il fatto che altri Stati siano parimenti inadempienti oppure la situazione finanziaria ed economica dello Stato interessato.

Da ultimo, si precisa che non sono giustificati motivi inerenti ad una ripartizione interna delle competenze tra Stato e Regioni o altri enti locali. Quest'ultimo elemento assume particolare rilievo in tutti i casi di una forte autonomia degli enti territoriali minori²²⁰.

Per giurisprudenza costante, i rapporti tra Stato e gli altri enti locali, da un lato, nonché tra questi e l'impresa beneficiaria, dall'altro, restano regolati dal diritto interno, non spettando al giudice comunitario di pronunciarsi sulla ripartizione di competenze operata dalle norme istituzionali di diritto

²¹⁷ Cfr. SCHEPISI, *Il giudizio nazionale e le misure provvisorie*, in *La Modernizzazione della disciplina sugli Aiuti di Stato*, Giappichelli, Torino, 2011, par. 4.

²¹⁸ Corte giust., 21 marzo 1990, causa C-142/87, *Commissione c. Belgio*, in *Racc.*, p. I-959.

²¹⁹ Corte giust., 27 giugno 2000, causa C-404/97, *Portogallo c. Commissione*, in *Racc.*, p. 800.

²²⁰ Cfr. CARENO GUALDE, *Ayudas públicas concedidas por los entes territoriales: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas*, in *Rev. Inst. Europeas*, 2000, pp.61 ss.

interno tra i diversi enti nazionali e su gli obblighi che possono incombere loro.

Pertanto, in caso di inerzia da parte di degli enti regionali, lo Stato dovrà ricercare al suo interno (anche in deroga alle norme nazionali) la soluzione da adottare per evitare di incorrere in un inadempimento comunitario²²¹. Tale principio è, peraltro, ribadito dalla Comunicazione del 2007. La sola giustificazione che lo Stato può avere dinanzi alla Commissione e agli organi giurisdizionali comunitari consiste appunto nell'impossibilità assoluta di esecuzione. Tuttavia, allo stato attuale non si rinviene nessun caso in cui la Corte abbia riconosciuto tale situazione. L'unica ipotesi sembrerebbe quella della mancanza assoluta di attivi recuperabili. In tale caso, la giurisprudenza prevede che la soluzione sia la messa in liquidazione della società a condizioni di mercato. Un'operazione del genere equivarrebbe in sostanza all'esecuzione della decisione, con la conseguenza che anche la mancanza di attivi recuperabili non costituirebbe tecnicamente "un'impossibilità assoluta".

D'altra parte, lo Stato che incontri difficoltà gravi ed impreviste è tenuto, di un forza del principio di leale collaborazione, a comunicarle tempestivamente alla Commissione, con la proposta di modalità alternative per l'esecuzione degli obblighi imposti. In questo caso (e previa valutazione positiva della Commissione), lo Stato potrebbe ottenere una modifica del contenuto degli obblighi e delle modalità di esecuzione della decisione²²².

In via del tutto eccezionale, la Commissione può accettare l'esecuzione provvisoria della decisione qualora a seguito di richiesta di provvedimenti cautelari dinanzi al giudice nazionale questi abbia disposto il versamento dell'importo dell'aiuto in un conto di deposito bloccato. Tuttavia, lo Stato

²²¹ GIANGASPERO, *La riforma del titolo V, parte II, Cost. e la possibile incidenza sulla ripartizione di competenze tra Stato-Regioni con particolare riferimento al procedimento di notifica*, in *Aiuti pubblici alle imprese e competenze regionali*, Daniele – Amadeo – Schepisi (a cura di), Giuffrè, Milano, 2003, p. 95 ss.

²²² Corte giust., 29 gennaio 1998, causa C-280/95, *Commissione c. Italia*, in *Racc.*, p. I-259.

dovrà giustificare alla Commissione l'adozione di tali provvedimenti descrivendo in maniera completa il provvedimento al fine di ottenere l'approvazione dalla stessa istituzione.

3. Conseguenze della mancata esecuzione della decisione di recupero della Commissione.

La Comunicazione del 2007 precisa le conseguenze nel caso in cui lo Stato non sia conformato alla decisione di recupero o in alternativa non abbia dimostrato l'impossibilità assoluta di eseguirla.

Innanzitutto, la Commissione continuerà ad applicare il principio espresso nella nota sentenza resa dal Tribunale di Primo grado nel caso *Deggendorf*²²³, secondo cui “quando la Commissione esamina la compatibilità di un aiuto nuovo con il mercato comune, essa deve prendere in considerazione tutti gli elementi pertinenti, ivi compresi eventualmente il contesto già esaminato in una decisione precedente nonché gli obblighi che tale decisione precedente ha potuto imporre allo Stato membro”. In applicazione di tale principio, la Commissione può dunque disporre la sospensione del pagamento di un nuovo aiuto di Stato compatibile ad un'impresa che non abbia rimborsato un aiuto illegale ed incompatibile oggetto di una precedente decisione.

Nella Comunicazione, infatti, si legge chiaramente che la Commissione inserirà tale principio in tutte le future norme e decisioni in materia di aiuti di Stato, come già avvenuto nel caso degli *Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà*²²⁴.

A ciò si aggiunga che la Commissione potrà adire immediatamente la Corte di giustizia in deroga all'art. 258 TFUE, procedendo pertanto in base al

²²³ Trib. Primo grado, cause T-244/93, *TWD Deggendorf*, in *Racc.*, p. II-2265.

²²⁴ Regolamento CE n. 1628/2006, del 24 ottobre 2006, *relativo all'applicazione degli articoli 87 e 88 del Trattato agli aiuti di Stato per investimenti a finalità regionale*, in *G.U* n. L 302 dell'11 novembre 2006, p.29.

meccanismo descritto dall'art. 108 dello stesso Trattato. Inoltre, in presenza di una sentenza che accerti la mancata esecuzione della decisione della e qualora lo Stato non si conformi a tale sentenza, la Commissione potrà avviare la procedura prevista dall'art. 260, par. 2 TFUE. Tale procedura, è bene precisare, ha avuto scarsa applicazione, soprattutto all'inizio. Infatti, il primo caso risale al 2000 e solo recentemente la Commissione ne sta facendo un utilizzo più assiduo²²⁵.

Va subito rimarcato che l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ha apportato talune modifiche al testo dell'allora originario art. 228, modifiche di cui la Commissione del 2007, essendo precedente, non poteva tenere conto. In particolare, viene eliminata la fase precontenziosa consentendo alla Commissione di adire la Corte di giustizia semplicemente dopo aver posto lo Stato in condizioni di presentare le sue osservazioni. Ovviamente, tale modifica determina delle conseguenze in merito alla valutazione dell'inadempimento dello Stato. Secondo una giurisprudenza consolidata, infatti, il termine entro cui la sentenza resa in base all'art. 258 TFUE debba essere eseguita, dovrebbe coincidere con la proposizione del ricorso della Commissione dinanzi alla Corte di giustizia²²⁶.

Del tutto invariata rispetto al testo dell'art. 228, par.2, TCE è invece la nuova versione dell'art. 269 TFUE laddove consente alla Commissione, in sede di ricorso giurisdizionale, di indicare l'importo della somma o della penalità che lo Stato dovrebbe versare. I criteri per il calcolo delle sanzioni sono stati nel tempo precisati dalla Commissione in varie comunicazioni, tra cui quella più recente emanata nel 2005. Ad essa la Commissione si richiama nella Comunicazione del 2007 sull'esecuzione effettiva delle

²²⁵ Per una completa illustrazione di tale procedura si veda KILBEY, *Financial Penalties under Article 228 EC: Excessive complexity?*, in *CMLRev.*, 2007, p. 743 ss; WENNERAS, *A new dawn for Commission enforcement under Article 226 and 228 EC: general and persistent (GAP) infringements, lump sums and penalty payments*, in *CMLRev.*, 2006, p. 43 ss.

²²⁶ Da ultimo, Corte giust., 7 luglio 2009, causa C-369/2007, *Commissione c. Grecia*, in *Racc.*, p. I-5703.

decisioni di recupero degli aiuti. In entrambi gli atti la Commissione ha cura di precisare l'importanza di entrambe le sanzioni, in quanto la loro finalità è diversa. Infatti, la penalità è costituita da un importo per ogni giorno di ritardo successivo alla pronuncia della sentenza a norma dell'art. 228 ed è calcolato in base ai criteri della gravità dell'infrazione, della durata della violazione e della necessità che la penalità abbia un effetto dissuasivo rispetto ad ulteriori violazioni.

La Commissione ritiene, inoltre, indispensabile che lo Stato venga sanzionato anche in caso di cessazione della violazione, in quanto la comminazione della somma forfettaria mirerebbe a penalizzare la prosecuzione dell'infrazione tra la prima sentenza dell'infrazione e quella pronunciata in base all'art. 228.

Al riguardo, si precisa che l'atteggiamento della Commissione prima e della Corte dopo, circa l'applicazione di entrambe le sanzioni, ha posto fine ad alcune critiche da parte della dottrina²²⁷. Nella Comunicazione del 2005, la Commissione ha comunque precisato che la comminazione sia della penalità che della somma forfettaria non deve condurre ad un importo totale più elevato rispetto a quello che deriverebbe dall'applicazione di una sanzione unitaria.

Infine, prendendo spunto dalla sentenza *Commissione c. Grecia* (più volte citata) è possibile prevedere che la Commissione non esiterà, in materia di aiuti di Stato, a proporre cumulativamente i due tipi di sanzione. La violazione di una decisione di recupero di un aiuto illegale e incompatibile e la mancata esecuzione della sentenza di infrazione della Corte di giustizia costituiscono senza alcun dubbio una violazione grave e tale da indurre la

²²⁷ In particolare, KILBEY, *Op. Cit.*; PRETE, *The coming of age of infringement proceedings*, in *CMLRev.*, 2010, p. 9 ss., osservano che l'imposizione della sola penalità agli Stati che persistono nel loro inadempimento e della sola somma forfettaria agli Stati che hanno posto fine alla loro infrazione prima dell'emanazione della sentenza ai sensi dell'art. 228 sarebbe iniqua perché andrebbe a penalizzare maggiormente gli Stati che hanno finalmente dato esecuzione alla sentenza resa ai sensi dell'art. 226 rispetto a quelli che non hanno ancora cessato il loro inadempimento.

Commissione a proporre sia una penalità per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione della sentenza ai sensi dell'art. 260 che una somma forfettaria per la persistenza dell'infrazione dopo la sentenza resa ai sensi dell'art. 258²²⁸.

E' comunque importante ricordare la proposta, indicata dalla Commissione nell'*Action Plan* in caso di revisione futura del reg. n. 659/99 di avviare la procedura di infrazione ai sensi degli artt. 258 e 260 anche nelle ipotesi di violazione dell'obbligo di notifica disposto dall'art. 108, par. 3. Tale previsione, ad avviso di chi scrive, potrebbe costituire un valido strumento di dissuasione nei confronti degli Stati al fine di indurli sistematicamente a notificare gli aiuti nuovi. Infatti, anche nell'ipotesi in cui la Commissione ricorresse alla duplice procedura di infrazione, il timore di ricevere una sentenza di condanna, con conseguente comminazione di sanzioni, all'esito del secondo giudizio, non rappresenta un sufficiente deterrente a non concedere aiuti illegali posto che la sanzione è rivolta piuttosto a colpire la mancata o ritardata esecuzione di una decisione della Commissione.

4. Deroghe *de iure* e deroghe discrezionali.

Vi sono alcune particolari situazioni che non consentono il normale svolgimento delle transazioni commerciali e non possono garantire il diritto ad una concorrenza sana e leale. In queste ipotesi, si potrebbero creare dei forti squilibri che il mercato stesso non sarebbe in grado di reggere o potrebbe recuperare soltanto dopo lunghe e faticose fasi di transazione. Ciò porta al soffocamento di settori deboli che, con un effetto a catena, potrebbero danneggiare l'economia di interi Paesi.

La logica sottesa alla creazione di un sistema di deroghe al divieto di aiuti di Stato mira ad evitare situazioni potenzialmente dannose sacrificando il principio di libera concorrenza in favore di operazioni che possano colmare

²²⁸ DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo, cittadinanza, libertà di circolazione, aiuti di Stato*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 440 ss.; SCHEPISI, *Op. Cit.*

il divieto strutturale di alcune imprese o aree particolarmente deboli, in modo da creare le giuste condizioni per un loro ingresso nel mercato comune con gli strumenti adatti a reggere il gioco della concorrenza.

Proprio per questo motivo sono consentiti interventi distorsivi della concorrenza *“in perfetta coerenza con il rilievo solo strumentale della tutela assicurata al valore della libertà di concorrenza rispetto all’obiettivo dello sviluppo economico in ragione... del significato “sociale” che tale finalità riveste”*²²⁹.

Una lettura attenta delle disposizioni contenente la disciplina degli aiuti di Stato compatibili, conduce alla constatazione che le compatibilità con il mercato comune da esse previste sono applicazioni del più generale principio di parificazione degli Stati membri nel progresso comune, sancito dal complesso del TFUE.

Inoltre, l’inserimento nel Trattato delle norme sugli aiuti: *“riflette la preoccupazione di impedire che gli Stati membri adottino singolarmente ed autonomamente misure discriminatorie da essi reputate opportune. Una tale prassi, così condotta, potrebbe, infatti, risultare pregiudizievole agli interessi comunitari, che per definizione devono essere la risultante dei singoli interessi degli Stati membri. Di qui la ratio ispiratrice della disciplina nella materia, che sottopone al controllo degli organi comunitari tutte le categorie di aiuti concessi alle imprese, riservando a taluni organi il giudizio finale sulla loro compatibilità con il Mercato comune”*²³⁰.

La non compatibilità assoluta di misure volte a sostenere determinati soggetti in determinate situazioni risulta in maniera lampante non soltanto quando si guardi alle deroghe al divieto di Stato, ma soffermando l’attenzione anche a quelle norme del Trattato che consentono all’UE

²²⁹ RUSSO P., *Le agevolazioni e le esenzioni fiscali alla luce dei principi comunitari in materia di aiuti di Stato e poteri del giudice nazionale*, in Riv. It. Dir. Pubbl. comun., 2004, p. 228.

²³⁰ QUADRI R., MONACO A., TRABUCCHI R., *Trattato istitutivo della comunità economica europea. Commentario*, Vol. II, Milano, 1970, p. 731.

l'utilizzo di sinergie e l'adozione di misure specifiche, in accordo con gli Stati membri, per il sostenimento di una serie di settori²³¹.

E' opportuno precisare che il sistema delle deroghe al regime del divieto di aiuti di stati non deve essere confuso con altri tipi di agevolazioni ammissibili all'interno della legislazione comunitaria, nonostante la somiglianza con il regime degli aiuti.

E' il caso degli aiuti c.d. "*de minimis*". Sotto il limite "*de minimis*" non trovano applicazione le limitazioni sancite dall'art. 107 TFUE, poiché le agevolazioni sono concesse entro importi regolamentati e contenuti, che non posso, quindi, falsare la concorrenza tra gli Stati membri, non costituendo giuridicamente un aiuti di Stato, come peraltro espressamente indicato dall'art. 2 del Regolamento n. 1998/2006.

Tale contesto lascia propendere per l'idea che il divieto di concedere agevolazioni da parte degli Stati sia volto sicuramente a garantire le imprese, ma che tali encomiabili obiettivi non possano essere tutelati in assoluto come se fossero gli unici fondanti la Comunità ed adatti alla sua crescita ed al suo sviluppo, ma debbano essere attuati con la consapevolezza che sarebbe quantomeno inopportuno sacrificare a tale scopo gli interventi di sostegno operati a determinate condizioni nei confronti di particolari settori.

Ad avviso di chi scrive, si ritiene che la previsione di un sistema di deroghe al divieto generale di aiuti di Stato, rifletta i propri benefici non soltanto a favore dei diretti destinatari, ma contribuisca alla crescita dei paesi dell'Unione.

Il sistema di deroghe attribuisce alla Commissione poteri discrezionali di eccezionale ampiezza nell'analisi delle misure che potrebbero configurare aiuti. Tali poteri, in alcuni casi, sono temperati dall'adozione di atti nei quali la Commissione ha cura di indicare i criteri sulla base dei quali verrà

²³¹ TENUTA, *Deroghe al principio di incompatibilità*, in *Aiuti di Stato in materia fiscale*, Salvini (a cura di), Cedam, Padova, 2007, p. 246.

effettuata la valutazione della misura. Malgrado si rinvenivano alcuni atti che possiamo definire limitativi della discrezionalità della Commissione, i suoi poteri rimangono estremamente ampi, e tale ampiezza può giustificarsi con la riflessione che vede il sistema delle deroghe come ideato proprio per consentire agli organi comunitari di bilanciare i valori in gioco nel momento in cui ci si trovi di fronte all'ipotesi di concedere un aiuto.

E' soprattutto in relazione all'analisi degli aiuti che si vorrebbero compatibili in base ad una delle deroghe "discrezionali" che la Commissione gode di ampie possibilità valutative.

Fondamentalmente, in sede di esami di aiuti si opera un coordinamento delle economie nazionali, tenendo in considerazione la prospettiva comunitaria²³². In relazione alla possibilità di ammettere una misura recante un aiuto di Stato, la Commissione può, quindi, valutarne l'opportunità sotto il punto di vista dell'*an* (opportunità o meno di concedere un aiuto) e del *quomodo* (valutazione delle modalità mediante le quali in concreto andrà ad esplicarsi l'aiuto).

In particolare, fanno parte delle deroghe c.d. *de iure*:

- a) gli aiuti a carattere sociale concessi ai singoli consumatori, a condizione che siano accordati senza discriminazioni determinate dall'origine dei prodotti;
- b) gli aiuti destinati ad ovviare ai danni causati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali;
- c) gli aiuti concessi all'economia di determinate regioni della Repubblica federale di Germania, nella misura in cui sono necessari a compensare gli svantaggi economici provocati dalla divisione.

Anche se compatibili di diritto con il mercato comune, le deroghe *de iure* comunque aiuti di Stato e sono, per questo motivo, sottoposte all'obbligo di notifica imposto dall'art. 108, par. 3, del TFUE. Tale ultima norma, infatti, stabilisce specificamente un obbligo di notificare i progetti diretti ad

²³² ORLANDI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Jovene, Napoli, 1995, p. 208.

istituire o modificare aiuti, senza in proposito distinguere fra aiuti compatibili *tout court* ed aiuti che necessitano di una specifica autorizzazione da parte della Commissione.

La caratteristica precipua di questa categoria è che, nonostante l'obbligo di notifica, la Commissione non ha alcun potere discrezionale nella valutazione dell'aiuto che rientri fra le previsioni dell'art. 107, par. 2²³³.

Con riferimento agli aiuti concessi ai singoli consumatori, è bene precisare che si tratta della prima categoria di aiuti esentati automaticamente perché si ritiene che la concessione di agevolazioni nei confronti dei singoli consumatori non sia in grado di falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune. L'espressione "consumatori può fare pensare che il legislatore comunitario rivolga l'esenzione nei confronti di soggetti che agiscano al di fuori dell'esercizio dell'impresa eventualmente esercitata, anche perché quand'anche si tratti di piccole e medie imprese sono comunque previste altre categorie di esenzioni (si pensi agli aiuti *de minimis*, che per l'importo contenuto si rivolgono soprattutto a piccole e medie imprese o anche a singoli professionisti). Inoltre, il TFUE impone, come condizione per beneficiare dell'esenzione, che l'aiuto non ponga discriminazioni relative all'origine dei prodotti, sempre nell'ottica di garantire il corretto funzionamento del mercato.

Tuttavia, vista la difficoltà per gli Stati membri di conoscere le condizioni di necessità e meritevolezza di singole persone fisiche, può ragionevolmente ritenersi che in sede comunitaria, nel trattare di aiuti ai "singoli consumatori", si sia inteso comprendere nella nozione anche delle limitate pluralità di soggetti, quando le agevolazioni abbiano finalità sociale e le aggregazioni di soggetti siano tassativamente indicate dalla legge, senza possibilità di estensione.

²³³ INGROSSO, *Agevolazioni tributarie per il gioco del mediterraneo ed aiuti di Stato: il caso Almeria 2005*, in *Rass. trib.*, 2004, p. 1778.

In relazione agli aiuti erogati per far fronte ai danni derivanti da calamità occorse in determinate zone, l'analisi si è concentrata su di un caso che offre lo spunto per una comprensione del funzionamento di queste agevolazioni. In Italia, in particolare, si ha un esempio relativamente recente di analisi effettuate dalla Commissione verso gli aiuti erogati per ovviare ai danni cagionati dalle calamità naturali, con la L. 25 gennaio 2006, n. 29, recante "Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. La legge comunitaria 2005". Tramite questa legge si è data applicazione alle Decisioni della Commissione relative agevolazioni per spese per la partecipazione espositiva di prodotti in fiere all'estero ed alle agevolazioni relative alla detassazione degli investimenti effettuati in comuni colpiti da eventi calamitosi (introdotte con la legge c.d. "Tremonti-bis", L. 18 ottobre 2001, n. 383).

Inoltre, con riferimento a questo particolare tipo di deroghe, la stessa Commissione ha sottolineato che tali agevolazioni rientrano a pieno titolo nella previsione dell'art. 107, par. 2, lett b) del TFUE, precisando, altresì, che per questa via non è possibile legittimare una procedura che porti ad un arricchimento ulteriore che vada oltre l'importo del danno subito, poiché, in tali ipotesi, l'aiuto è soggetto alla normale procedura di notifica e, accertata la sussistenza dei requisiti che il Trattato prevede ai fini della qualificazione di una misura come aiuto di Stato, e l'assenza, dall'altro lato, delle caratteristiche di un'altra delle deroghe, se ne può disporre il recupero, per violazione delle norme del Trattato.

Infine, per quanto concerne le norme dell'art. 107 che consentono di erogare degli aiuti dietro favorevole parere della Commissione, l'art. 107, par. 3, del TFUE, ne fa un elenco che include:

- a) gli aiuti destinati a favorire lo sviluppo economico delle regioni ove il tenore di vita sia anormalmente basso, oppure si abbia una grave forma di disoccupazione;

- b) gli aiuti destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo oppure a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro;
- c) gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi e della concorrenza nella Comunità in misura contraria al comune interesse;
- d) gli aiuti destinati a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio, quando non alterino le condizioni degli scambi e della concorrenza nella Comunità in misura contraria all'interesse comune;
- e) le altre categorie di aiuti, determinate con decisioni del Consiglio, che delibera a maggioranza qualificata su proposta della Commissione.

Dal contesto sin qui descritto, si possono trarre delle conclusioni circa il complesso della casistica derogativa al divieto di aiuti di Stato prevista dal Trattato e sul ruolo che la Commissione ha nel valutare le misure astrattamente censurabili sotto il profilo della compatibilità con il sistema dell'Unione Europea.

Lo spunto per la riflessione sulla qualificazione delle deroghe previste dal TFUE viene spontaneo facendo attenzione alla “clausola di chiusura”, quella, cioè, posta proprio dall'art. 107 TFUE, par. 3, lett. e), che consente al Consiglio di accordare compatibilità ad altre misure, oltre a quelle già previste, su proposta della Commissione. Sulla base di questa clausola il Consiglio può determinare delle categorie di aiuti compatibili con il mercato comune sottraendole alla censura, in presenza di criteri posti con la decisione che approva la misura.

Pertanto, la possibilità di definire questa ipotesi come “clausola di chiusura” deriva dal fatto che in ogni altra ipotesi non aderente *ictu oculi* ad una delle possibilità derogatorie espressamente previste, la Commissione ha

la facoltà di proporre al Consiglio di deliberare a maggioranza qualificata la legittimità di provvedimenti che altrimenti non godrebbero di questa necessaria caratteristica.

Inoltre, ampliando la visuale al contesto in cui la norma in commento è dettata, le considerazioni sin qui esposte lasciano spazio alla possibilità che il sistema stesso del divieto di aiuti di Stato e delle corrispondenti deroghe, sia in realtà un modo per consentire alla Commissione di contribuire alla definizione di linee di politica economica ed industriale.

In effetti, come precisato nei precedenti paragrafi, la Commissione, nello svolgimento dei compiti che il Trattato le affida in merito agli aiuti di Stato, sempre compiere un'attività assimilabile, quanto alle modalità, a quella che in Italia viene esercitata dalla Pubblica Amministrazione, caratterizzata da un particolare metodo, appunto quello discrezionale.

Al termine di questa attività, che sfocia in una valutazione della misura sulla base di una delle deroghe, sia essa discrezionale o *de iure*, la Commissione si trova di fronte ad un bivio, alla possibilità, cioè, di esercitare il suo potere discrezionale procedendo soltanto per due vie obbligate: ammissione della misura perché compatibile, o “bocciatura” della misura, perché con il sistema del mercato comune.

Di conseguenza, può ragionevolmente sostenersi che, in via effettuale, i poteri della Commissione sono assimilabili alla piena discrezionalità soltanto per quella parte che concerne la valutazione delle misure dal punto di vista sostanziale, con un verdetto, però, che comporta l'ammissione o la censura dell'aiuto²³⁴.

Tuttavia, questo potere ha un'ampiezza decisamente rilevante, poiché alcune delle deroghe in precedenza commentate hanno una portata così vasta da consentire, in fondo, di ricondurre la maggior parte delle misure (soprattutto di natura fiscale) all'interno dell'una, piuttosto che dell'altra, sulla base di una scelta di opportunità politica. Infatti, l'elenco tassativo che

²³⁴ TENUTA, *Op. Cit.*, p. 270.

il TFUE prevede quando fa riferimento alle deroghe al divieto di aiuti di Stato, assurge in un certo senso ad elencazione di precise ipotesi di compatibilità delle misure ivi indicate, sebbene con possibilità applicative ampliabili mediante il lavoro discrezionale – valutativo della Commissione. Si ricordano, infine, sul punto le parole di autorevole dottrina, in base alla quale *“Tale disciplina si pone, in questa prospettiva ed al pari delle norme sull’esenzione in tema di concorrenza, al confine tra l’integrazione negativa, fondata su semplici divieti, e l’integrazione positiva. L’attività di controllo della Commissione, infatti, si traduce nella sostanza in una canalizzazione dell’intervento pubblico verso obiettivi di politica industriale che siano in sintonia con gli interessi comunitari”*²³⁵.

²³⁵ TESAURO, *Diritto dell’Unione Europea*, Cedam, Padova, 2012, p. 700 ss.

CAPITOLO II

Crisi finanziaria e aiuti alle banche in difficoltà. Il ruolo della Commissione

1. L'affermazione per via giurisprudenziale dell'applicabilità delle norme comunitarie sulla concorrenza e sugli aiuti di Stato alle banche e agli istituti di credito.

L'applicabilità delle norme del diritto europeo della concorrenza a banche ed istituti di credito è stata per la prima volta affermata dalla Corte di giustizia nella pronuncia *Zuechner* del 1981²³⁶. Nel quadro di un rinvio pregiudiziale proposto dal tribunale di Rosenheim, i giudici di Lussemburgo sono stati chiamati a prendere posizione circa la portata degli allora artt. 85 e 86 del Trattato CEE (ora 101 e 102 TFUE) rispetto alla prassi, tenuta da un istituto bancario tedesco, di riscuotere una commissione in occasione del trasferimento di una somma di denaro mediante assegno da uno Stato membro all'altro. Di fronte ad un'azione di ripetizione dell'indebito proposta da un correntista al giudice tedesco per una presunta violazione dell'art. 85 del Trattato CEE (oggi 101 TFUE), denunciando esso l'esistenza di una pratica concordata fra tutte o comunque la maggior parte delle banche, sia tedesche che di altri Stati membri, questione preliminare era evidentemente quella della precisa delimitazione dell'ambito di applicazione soggettiva di tale norma rispetto al particolare operatore economico in causa. La banca convenuta respingeva, infatti, la possibilità di vedersi soggetta alle disposizioni del Trattato relative alla concorrenza, ritenendo invece di poter essere assimilata "in ragione della particolare natura dei servizi da essa prestati e dell'importante funzione da

²³⁶ Corte di giustizia, 14 luglio 1981, casua 172/80, *Zuechner c. Bayerische Vereinsbank*, in *Racc.*, 1981, p. 2021 ss. In dottrina, *ex multis*, DASSESE, *Application du droit communautaire de la concurrence aux activités bancaires: l'arrêt Zuechner et ses suites*, in *Cah. Dr. Eur.*, 1982, pp. 299-315; MENGIOZZI, *Efficienza e concorrenza degli istituti di credito alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia della CEE*, in *Dir. Com. Sc. Int.*, 1984, pp. 1-13.

essa svolta nelle operazioni di trasferimento di capitali”²³⁷ ad un’impresa incaricata della gestione di un servizio di interesse economico generale ai sensi dell’allora art. 90, par. 2, Trattato CEE (oggi art. 106, par. 2, TFUE). Tale qualificazione le avrebbe dunque consentito di sfuggire all’applicazione del divieto di porre in essere pratiche concordate contrarie alla libera concorrenza intracomunitaria. Alla medesima conclusione, a suo giudizio, avrebbe del resto portato la presenza nel Trattato CEE di disposizioni apparentemente poste a garanzia di una certa autonomia della politica monetaria degli Stati membri e, dunque, del settore bancario rispetto all’applicazione delle disposizioni generali del Trattato²³⁸. La corte di giustizia aveva, invece, ritenuto che, per quanto occorresse riconoscere che i trasferimenti di denaro operati per conto dei correntisti fra differenti istituti di credito degli Stati membri rientrassero fra le specifiche funzioni attribuite alle banche, ciò non sarebbe tuttavia bastato a qualificare automaticamente ed in via assoluta tali operatori alla stregua di imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale ai sensi dell’allora art. 90, par. 2, del Trattato CEE (ora art. 106, par. 2, TFUE). Ciò almeno fino a quando non fosse stato possibile “provare che, effettuando questi trasferimenti, detti istituti prestino un servizio di interesse economico generale che sia stato loro affidato in forza di un atto della pubblica amministrazione”²³⁹.

Pertanto, la sentenza *Zuechner* ha sancito espressamente la sottoposizione anche delle banche e degli istituti di credito degli Stati membri alle norme

²³⁷ Corte di giustizia, 14 luglio 1981, causa 172/80, *cit.*, punto 6.

²³⁸ DIVERIO, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche, dalla crisi di settore alla crisi di sistema*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 98.

²³⁹ Si ricordi, peraltro, che dopo aver così risolto la questione preliminare circa l’applicabilità dell’allora art. 85 del Trattato CEE (ora art. 101 TFUE) alla prassi seguita dalla banca tedesca convenuta, la Corte di giustizia non ha poi fornito una risposta concreta dell’ordinanza di rinvio del giudice nazionale reputando di trovarsi di fronte ad “una questione di fatto la cui valutazione è di esclusiva competenza del giudice di merito” e rinviando dunque a quest’ultimo l’accertamento sulla sussistenza e sul carattere anticoncorrenziale delle condotte in giudizio (Corte di giustizia, 14 luglio 1981, causa 172/80, *cit.*, punto 21).

del diritto comunitario della concorrenza, pur non escludendo del tutto che, in presenza di determinate e ben specifiche condizioni, tali operatori possano godere di un trattamento in qualche misura privilegiato²⁴⁰. Tale conclusione, favorevolmente accolta in dottrina²⁴¹, recepiva del resto le istanze già espresse dalla Commissione a partire dal 1973 e rappresenta un punto più che mai fermo nella successiva giurisprudenza comunitaria della Corte. In effetti, già nella sua seconda relazione sulla politica della concorrenza, l'esecutivo comunitario aveva chiaramente indicato che, da un lato, le regole di concorrenza presenti nel Trattato, così come quelle contenute nei vari regolamenti comunitari adottati fino a quel momento, si sarebbero senz'altro dovute applicare anche al settore bancario e, dall'altro, che soltanto determinati accordi bancari, qualora potessero essere considerati strumenti di politica monetaria degli Stati membri, avrebbero potuto esserne eccezionalmente esentati²⁴². Quanto alla giurisprudenza comunitaria successiva alla sentenza *Zuechner*, basti ricordare che tale questione non costituisce più oggetto di specifico approfondimento, rappresentando al più semplice premessa delle argomentazioni condotte dai soli Avvocati generali, i quali, peraltro, si limitano solo a citare tale

²⁴⁰ Si ricordi, peraltro, che dopo aver così risolto la questione preliminare circa l'applicabilità dell'allora art. 85 del Trattato CEE (ora art. 101 TFUE) alla prassi seguita dalla banca tedesca convenuta, la Corte di giustizia non ha poi fornito una risposta concreta all'ordinanza di rinvio del giudice nazionale reputando di trovarsi di fronte ad "una questione di fatto la cui valutazione è di esclusiva competenza del giudice di merito" e rinviando dunque a quest'ultimo l'accertamento della sussistenza e sul carattere anticoncorrenziale delle condotte in giudizio (Corte di giustizia, 14 luglio 1981, causa 172/80, *cit.*, punto 21).

²⁴¹ Tra gli altri, TESAURO, *Il controllo antitrust nel settore bancario*, in *Banca Impr. Soc.*, 2001, pp.443-450; UBERTAZZI, *Banche e diritto comunitario antitrust*, in Ubertazzi, *Banche e Concorrenza. Scritti*, Milano, 2007, pp. 3-39.

²⁴² Mentre sulla prima affermazione non vi è mai stato alcun arretramento da parte della Commissione, la prassi decisionale evidenzia che la presunta ed eventuale specificità di taluni accordi bancari riconosciuta nel 1973 non ha in realtà impedito successivamente alla Commissione di vagliare criticamente un'ampia serie di intese fra banche. Sul punto, Ubertazzi, *Banche e diritto comunitario antitrust*, *cit.*, p. 6. Fra le decisioni cronologicamente più vicine alla sentenza *Zuechner*, si veda, ad esempio, quella resa l'11 dicembre 1986 relativa ad una procedura a norma dell'art. 85 del Trattato CEE (VI/261-A, *Association belge ds banques/Belgische Vereniging der Banken*), in *G.U.C.E.* L 7 del 9 gennaio 1987, P. 27 ss, par. 35.

pronuncia²⁴³. Allo stesso modo, non ha sollevato alcuna obiezione neppure la conseguente applicabilità alle banche anche delle norme di concorrenza dedicate agli aiuti di Stato alle imprese. Anzi, tale conclusione, mai contestata in giudizio, è stata considerata del tutto pacifica fin dai casi immediatamente successivi alla pronuncia in commento²⁴⁴.

E' bene precisare che a partire dagli anni '90 l'atteggiamento della Commissione in tema di aiuti di Stato si è fatto sempre più chiaro e rigoroso. Ne è un esempio la nota decisione resa nel 1998 sul caso relativo alla concessione da parte della Francia di agevolazioni statali al gruppo *Crédit Lyonnais*²⁴⁵, che peraltro chiude un ampio contenzioso con l'esecutivo comunitario in relazione alle misure di sostegno adottate dal governo francese in favore di tale banca. Infatti, la decisione in commento segue un provvedimento di poco precedente con il quale la Commissione aveva condizionatamente approvato un regime di agevolazioni già concesse al gruppo *Crédit Lyonnais*, rilevatosi tuttavia insufficiente per risollevare le sorti della banca, consistente in un aumento di capitale e nella creazione di una struttura di scorporo (il *Consortium de Réalisation*) destinata ad accoglierne gli attivi immobiliari. L'operazione era stata finanziata con un prestito partecipativo da parte dell'*Etablissement Public de Financement et de la Restructuration* con il denaro ottenuto attraverso un mutuo concesso allo stesso ente pubblico dal *Crédit Lyonnais* ad un tasso inferiore a quello di mercato.

²⁴³ In questo senso, si vedano, ad esempio, le sentenze della Corte di giustizia del 21 settembre 1988, causa 267/86, *Van Eycke c. ASPA*, in *Racc.*, 1988, p. 4769 ss., e del 21 gennaio 1999, cause riunite C-215/96 e C-216/96, *Bagnasco e a. c. Banca Popolare di Novara e Cassa di Risparmio di Genova e Imperia*, in *Racc.*, 1999, p. I-135. In entrambi i casi in effetti sono soltanto gli Avvocati generali a preoccuparsi di osservare preliminarmente come, a seguito della sentenza *Zuechner*, non vi sia più alcun dubbio circa la soggezione del settore bancario alle regole di concorrenza, non essendovi, invece, traccia di tale riflessione nelle due pronunce.

²⁴⁴ TESAURO, *Disciplina comunitaria degli aiuti di Stato e imprese bancarie*, in *Dir. Comm. Int.*, 1991, pp. 405-416.

²⁴⁵ Decisione della Commissione del 20 maggio 1998 concernente gli aiuti accordati dalla Francia al gruppo *Crédit Lyonnais*, in *G.U.C.E.*, L 221 dell'8 agosto 1998, p.p. 28 ss.

Da quanto sin qui esposto, si evince che il fenomeno delle agevolazioni pubbliche alle banche ed agli istituti di credito non ha in realtà costituito oggetto di specifiche comunicazioni da parte della Commissione fino al manifestarsi anche nell'Unione europea degli effetti della crisi economico-finanziaria internazionale del 2008.

I primi interventi della Commissione relativi ad aiuti di Stato concessi dai governi degli Stati membri per ovviare alle difficoltà degli istituti europei più esposti agli strumenti finanziari statunitensi rivelatisi nocivi si inseriscono in piena coerenza *con la prassi decisionale sopra ricordata dedicata alle misure di sostegno pubblico* alla ristrutturazione ed al salvataggio degli istituti di credito. Costituiscono un chiaro esempio le decisioni riguardanti gli aiuti concessi dalla Germania a favore della *Sachsen LB*²⁴⁶, dal Regno Unito alla *Northern Rock*²⁴⁷, dalla Danimarca alla *Roskilde Bank*²⁴⁸.

In particolare, il primo caso si rivela a proposito del tutto illuminante. La crisi dei prestiti *subprime* statunitensi ha coinvolto direttamente la *Landesbank Sachsen Girozentrale (sachsen LB)* e specificamente una sua c.d. “*conduit*”, o società veicolo, la *Ormond Quay*, tramite la quale essa finanziava, raccogliendo denaro sul mercato dei titoli di debito a breve scadenza garantiti da crediti (“*commercial papers*”, CP), investimenti in titoli di credito garantiti da crediti (“*asset-backed securities*”, ABS) fra i quali anche titoli di credito statunitensi con garanzia ipotecaria. Tale crisi ha determinato immediatamente un sensibile peggioramento nel *rating* di gran parte di questi ultimi titoli di credito e, di conseguenza, una valutazione più bassa degli ABS. Ciò ha allontanato gli *hedge fund* e gli

²⁴⁶ Decisione della Commissione del 4 giugno 2008 relativa ad un aiuto di Stato C 9/08 a cui la Germania ha dato esecuzione a favore di *Sachsen LB*, in *G.U.C.E.* L 104 del 24 aprile 2009, pp. 34 ss.

²⁴⁷ Di tale caso si parlerà nel successivo paragrafo.

²⁴⁸ Decisione della Commissione del 31 luglio 2008, State Aid NN 36/2008 – Denmark Roskilde A/S, reperibile nel registro elettronico delle decisioni in materia di aiuti di Stato sul sito *internet* della Commissione (http://ec.europa.eu/competition/state_aid/register). In *G.U.C.E.* C 238 del 17 settembre 2008.

investitori istituzionali dagli investimenti in CP con garanzia ipotecaria privando le società veicolo come la *Ormond Quay* della possibilità di raccogliere denaro sul mercato di tali CP. La *Ormond Quay* si è dunque trovata in gravi difficoltà finanziarie e, non potendo attingere come avveniva normalmente alle linee di credito offerte dalle banche commerciali, si è vista nella necessità di ricorrere alla facilitazione di liquidità della *Sachsen LB* per far fronte ad un fabbisogno di 17,1 miliardi di euro. Proprio in tale operazione, la Commissione riteneva potesse ravvisarsi un aiuto di Stato ai sensi del Trattato CE. In effetti, la facilitazione in oggetto viene assicurata non già direttamente da *Sachsen LB* ma da un insieme di dieci banche regionali tedesche e dalla *DekaBank*, un ente di diritto pubblico controllato congiuntamente dalle banche regionali tedesche e dalla Confederazione delle casse di risparmio tedesche (DSGV), che si erano impegnate ad acquistare i CP emessi dalla *Ormond Quay* fino ad un controvalore di 17,1 miliardi di euro qualora non fosse stato possibile collocare detti CP sul mercato. La *Sachsen LB*, in altri termini, si presentava all'esecutivo comunitario come possibile beneficiaria di una misura pubblica di sostegno alle imprese.

La decisione in commento contempla poi anche un secondo aiuto di Stato, legato alla vicenda della vendita della *Sachsen LB*, nel frattempo trasformatasi da ente di diritto pubblico in società per azioni, alla *Landesbank des Bundeslandes Baden-Württemberg* (LBBW), istituto attivo sia come banca generale che come banca commerciale e banca centrale delle casse di risparmio del *Baden-Württemberg*.

La negoziazione di tale vendita è stata particolarmente complessa per l'evidente motivo che le perdite del portafoglio degli strumenti finanziari strutturali della *Sachsen LB* erano tali da far diminuire progressivamente ed in modo sempre più consistente il capitale proprio della *Sachsen LB*. Confidando su una normalizzazione dei mercati a breve, la LBBW aveva escluso di adottare una decisione specifica per tale portafoglio che si

sarebbe presa così interamente in carico. Lo scenario della perdurante crisi globale dei mercati non ripagava però la LBBW della fiducia riposta in una evoluzione benevola delle dinamiche del mercato giungendosi così addirittura a mettere a serio rischio la chiusura dell'operazione nel caso in cui la quota di patrimonio di base fosse scesa al di sotto della soglia prevista dall'accordo e avesse aperto le porte a una nuova e forse ancor più complessa rinegoziazione. Le difficoltà maggiori provenivano dalla situazione della *Ormond Quay*, con una valutazione *mark to market*²⁴⁹ dei suoi *aseet* che registrava perdite sempre più consistenti. La LBBW, in effetti, non avrebbe potuto accollarsi tali perdite, né avrebbe avuto l'intenzione di farlo. Le intense trattative tra le parti così condussero ad un accordo con cui si decise che tutti gli investimenti della *Sachsen LB* fossero divisi in due distinti portafogli. Per evitare il consolidamento nella LBBW degli investimenti con basso valore *mark to market* questi ultimi sono stati scorporati in un portafoglio del valore contabile di 17,5 miliardi di euro e trasferiti in un nuovo veicolo di investimento *ah hoc* (il c.d. “*super-SIV*”) dove sarebbero stati conservati fino alla loro scadenza. A tal fine, si è resa necessaria la concessione di una specifica garanzia a copertura di tutte le perdite potenziali al momento realisticamente prevedibili legate al rischio della conservazione degli investimenti fino alla loro scadenza, richiesta ovviamente dalla LBBW e fornita dal libero Stato di Sassonia.

In questo contesto, di fronte a due diverse ipotesi di aiuto di Stato, l'una costituita dalla facilitazione di liquidità concessa di fatto alla *Sachsen LB*, l'altra rappresentata dalla garanzia concessa dallo Stato di Sassonia, l'esecutivo comunitario utilizza le identiche modalità di approccio seguiti nei meno recenti casi di aiuti di Stato erogati per la ristrutturazione e il salvataggio delle banche in crisi. Più specificamente, la facilitazione di

²⁴⁹ La nota 9 della decisione della Commissione del 4 giugno 2008, *cit.*, spiega che con tale espressione “in campo contabile e finanziario (s'intende) la rivalutazione di una posizione assunta in proprio nell'ambito di uno strumento finanziario sulla base del valore attuale di mercato di tale strumento o di strumenti simili”.

liquidità viene considerata un aiuto per il salvataggio e la garanzia da parte dello Stato di Sassonia un aiuto alla ristrutturazione. L'applicazione del criterio dell'investitore privato conduce la Commissione a concludere di trovarsi di fronte in entrambi i casi ad operazioni che integrano senz'altro la fattispecie di aiuto di Stato prevista dal Trattato CE. L'applicazione della citata Comunicazione consente tuttavia di dichiarare tale misure pubbliche compatibili con il diritto comunitario *ex art. 107, par. 3, lett. b) TFUE*²⁵⁰. Ed, infatti, le condizioni richieste al paragrafo 25 della Comunicazione sono, a giudizio della Commissione, tutte soddisfatte nel caso in questione. Da un lato, l'aiuto per il salvataggio rispetta le forme prescritte, si limita al minimo necessario senza provocare indebite distorsioni della concorrenza ed è conforme al principio della concessione *una tantum*. Dall'altro lato, l'aiuto per la ristrutturazione è giudicato idoneo a ripristinare la redditività a lungo termine della banca beneficiaria, è anch'esso limitato al minimo necessario, contribuendo anzi in maniera significativa la stessa LBBW a supportare parte dell'operazione, e risulta del tutto proporzionale agli effetti di distorsione della concorrenza determinati dall'aiuto. Di conseguenza, la decisione finale contiene un'autorizzazione condizionata da parte della Commissione alle misure in tedesche in commento che vengono, pertanto, dichiarate compatibili con mercato comune qualora, naturalmente, tutte le condizioni del piano di ristrutturazione vengano mantenute.

Pur essendo evidente che le difficoltà patite dalla *Sachsen LB*, così come quelle nelle quali si sono trovate negli stessi momenti la *Northern Rock* (come vedremo nel successivo paragrafo del presente lavoro) e la *Roskilde Bank*, sono direttamente connesse al fenomeno globale della crisi dei mercati finanziari proveniente dagli Stati Uniti, in questa prima fase di applicazione della disciplina comunitaria degli aiuti di Stato alle agevolazione concesse dagli Stati dell'Unione europea alle proprie banche la Commissione non muta la propria prassi. Come evidenziato, tanto l'*iter*

²⁵⁰ DIVERIO, *Op. cit.*, p. 147.

logico seguito quanto la base giuridica dell'esenzione accordata sono quelle delle decisioni emanate a partire dal caso *Crédit Lyonnais*.

Di fronte alle istanze del governo tedesco, l'esecutivo comunitario non ritiene di dover abbandonare il proprio consolidato approccio fondato sulla possibilità di autorizzare tali misure sulla base della deroga settoriale *ex* (attuale) art. 107, par. 3, lett.c), TFUE, rifiutando in sostanza di riconoscere l'eccezionalità della situazione di crisi dei mercati internazionali o, comunque, non considerando tale situazione idonea ad integrare il "grave turbamento dell'economia di uno Stato membro" di cui all'art. 107, par.3, lett. b), TFUE.

Tutto ciò emerge in maniera evidente proprio dalla decisione relativa al caso *Sachsen LB*. La commissione afferma, infatti, chiaramente di voler tenere fede alla consolidata giurisprudenza comunitaria in base alla quale tale ultima deroga offerta dal Trattato CE deve essere applicata in modo del tutto restrittivo, confermando allo stesso tempo la sua stesa prassi secondo cui non si pone rimedio a un grave turbamento dell'economia per mezzo di un aiuto che mira a "risolvere le difficoltà di un singolo beneficiario e non dell'intero settore economico"²⁵¹. A ciò si aggiunga che la Commissione statuisce che i problemi specifici che hanno colpito la *Sachsen LB* possono essere risolti soltanto con "misure di aiuto ad hoc da adottare nel rispetto delle norme sulle imprese in difficoltà, non sussistendo i motivi per dichiarare la compatibilità con il mercato comune delle misure qui in esame in virtù dell'art. 87, par. 3, lett. b), del Trattato CE"²⁵². Sono, pertanto, evidenti le assonanze fra tale conclusione e quelle cui la Commissione era giunta nei casi *Crédit Lyonnais*, Banco di Sicilia e *GE Capital Bank*.

Immediatamente dopo l'estate del 2008, con il definitivo fallimento della banca statunitense *Lehman Brothers*, risulta evidente che la crisi dei mercati finanziari è sempre più grave e sempre più globale nei suoi effetti. La

²⁵¹ Decisione della Commissione del 4 giugno 2008, *cit.*, par. 94.

²⁵² Decisione della Commissione del 4 giugno 2008, *cit.*, par. 95.

Commissione continua a misurarsi con interventi agevolativi pubblici, sempre concessi sotto forma di garanzie o prestiti agevolati da parte di vari Stati membri, che assumono però via via sempre più la dimensione di interventi inseriti in programmi nazionali generali di sostegno nel settore del credito. Delle decisioni emanate dall'esecutivo comunitario nei primi giorni di ottobre del 2008²⁵³, ancora fondate sull'applicazione dell'(allora) art. 87, par. 3, lett. c), del Trattato CE e sulla necessità di presentazione di un piano di ristrutturazione da parte degli istituti beneficiari, va sottolineata, in particolare, la stretta cooperazione posta in atto fra la Commissione e le autorità di governo di volta in volta coinvolte.

2. Da Lehman Brothers a Northern Rock: la ricerca di un *level playing field*.

Il fallimento di Lehman Brothers del 14 settembre 2008²⁵⁴, la caduta della fiducia nei mercati internazionali e le difficoltà degli intermediari *cross border* europei, hanno determinato una vera e propria ondata di interventi pubblici di sostegno dei sistemi bancari nazionali che ha sollecitato un'azione di coordinamento internazionale.

Nel contesto della crisi finanziaria la disciplina degli aiuti di Stato sembra essere un valido presidio per la tutela della concorrenza intracomunitaria e un forte incentivo per gli Stati a cercare di contenere gli oneri dei salvataggi bancari per i contribuenti nazionali e a spingere anche sugli stessi operatori per avviare il superamento delle difficoltà.

Al fine di capire il rilievo della disciplina di salvataggio nel contesto di una così profonda crisi dei mercati, partire dal caso NR è doveroso in quanto

²⁵³ Si tratta della decisione resa l'1 ottobre 2008 nel caso NN 41/2008 relativo all'aiuto di Stato concesso dal Regno Unito alla banca di credito ipotecario *Bradford & Bingley* e della decisione del 2 ottobre 2008 nel caso NN 44/2008 relativo all'aiuto di Stato concesso dalla Germania per il rifinanziamento del gruppo *Hypo Real Wstate Holding AG*, entrambe reperibili nel registro elettronico delle decisioni in materia di aiuti di Stato sul sito *internet* della Commissione, *cit.*, se ne vedano gli avvisi fra i casi contro i quali la Commissione non solleva obiezioni, rispettivamente, in *G.U.C.E.* C 290 del 13 novembre 2008, p. 2, e in *G.U.C.E.* C 293 del 15 novembre 2008, p. 8.

²⁵⁴ Cfr. FONDERICO, *Gli Usa al salvataggio delle banche nella grande crisi del '29*, in *Mercato concorrenza Regole*, 3/2011, p. 549 ss.

esso non solo ha determinato la riforma del sistema inglese di gestione della crisi bancaria²⁵⁵, ma ha costituito la prima importante occasione – a dieci anni dalle crisi delle banche francesi e italiane – per ribadire con forza che in tema di aiuti non esiste una specificità delle banche e che, nonostante la potenziale valenza sistemica di una crisi bancaria, non tutto è lecito pur di salvare una banca. Tale affermazione ha costituito il caposaldo dell'azione della Commissione degli ultimi mesi quando, in concomitanza con l'intensificarsi della crisi, si sono moltiplicate le pressioni degli Stati membri per allentare l'applicazione della normativa sugli aiuti o sospenderla del tutto. Con NR si è ribadito che al salvataggio di una banca deve fare seguito o una liquidazione o una importante ristrutturazione ma non il mantenimento in vita *sic et simpliciter* e *sine die* di intermediari inefficienti a spese dei contribuenti, specie se questi hanno concorso a determinare le difficoltà che richiedono il sostegno pubblico.

La crisi di NR ha, infatti, avviato un serrato dibattito sugli strumenti di intervento, anche precoce, nelle crisi bancarie e finanziarie, sull'assicurazione dei depositi, sull'opportunità del sostegno statale e sulle concrete modalità di attuazione e sull'individuazione delle soluzioni della crisi finanziaria. Si tratta di un processo che coinvolge scelte strategiche generali e politiche di regolamentazione e che è ancora nel pieno del suo divenire. In questo ambito, la Commissione ha rivendicato con forza la verifica di compatibilità con le norme comunitarie delle misure di sostegno adottate dagli Stati membri fornendo, anche di concerto con la Banca Centrale Europea, importanti indicazioni agli operatori e agli Stati membri. In questi termini, la Commissione ha cercato di mantenere, nonostante le difficoltà, al centro dell'attenzione, il tema del *level playing field* tra gli

²⁵⁵ Il Banking Bill del 23.2.2009 disciplina il nuovo regime di gestione delle crisi bancarie (il c.d. *special resolution regime*) sostituendo la legislazione temporanea in base alla quale sono stati affrontati i casi di Northern Rock, Bradford & Bingley nel settembre 2008 e delle controllate britanniche delle banche olandesi (Heritage e Kaupthing Singer and Friedlander) nell'ottobre 2008.

intermediari con ciò anche determinando le condizioni per il futuro ritorno alla normativa del sistema bancario e finanziario.

NR ha beneficiato di un piano di liquidità di emergenza concesso dalla banca centrale dietro pagamento di un tasso di interesse sfavorevole e prestazione in garanzia di attività finanziarie di buona qualità e di una garanzia del Tesoro sulle passività. Il prestito è stato erogato previa verifica di solvibilità della banca da parte dell'autorità di vigilanza²⁵⁶ ed ha impedito il *default* della banca e gravi conseguenze economiche per la sua clientela. La garanzia statale – che copre tutti i depositi e i prestiti bancari – è assistita dal pagamento di un tasso di interesse maggiorato rispetto a quello interbancario²⁵⁷.

Obiettivo del salvataggio era stabilizzare la banca, favorirne il passaggio di proprietà e il rinnovo del *management*. Le difficoltà di attuare la cessione della banca, in un contesto caratterizzato oltre che dalle difficoltà dei mercati anche dalla mancanza di adeguati strumenti nazionali normativi per la gestione delle crisi bancarie, determinava la scelta di nazionalizzarla con un apposito provvedimento di legge del 22.2.2008. Peraltro, la nazionalizzazione si è accompagnata alla sostituzione del *management* con soggetti nominati direttamente dallo Stato che avrebbero il compito di attuare un piano di ristrutturazione.

La Commissione ha esaminato il sostegno statale per NR in due procedimenti, il primo relativo alle misure di emergenza per il salvataggio della banca e il secondo relativo alle misure di ristrutturazione. Nell'ambito del primo la Commissione ha ritenuto che il prestito di liquidità di emergenza, erogato per decisione autonoma della banca centrale, prima ed

²⁵⁶ Con tale prestito si fa riferimento alla liquidità erogata dalla banca centrale *a illiquid but solvent banks*: il prestito deve essere assistito da un'adeguata garanzia finanziaria, valutata ai livelli precedenti a quelli della crisi, e a un tasso di interesse sfavorevole. Il *Tripartite Agreement* che disciplina le responsabilità di Tesoro, banca centrale e autorità di vigilanza britanniche, assegna la verifica della sussistenza delle condizioni di solvibilità alla *Financial Stability Authority*.

²⁵⁷ Cfr. sul punto House of Commons-Treasury Committee, *The run of the rock*, vol. I: *Fifth report of session 2007/2008, together with formal minutes*, 24 January 2008, p.13.

indipendentemente da altre misure di sostegno a una banca illiquida ma solvibile, non costituisce aiuto; la garanzia sulle passività, invece, è stata ritenuta un aiuto compatibile, non avendo natura di sostegno finanziario strutturale ma durata limitata a sei mesi. Allo scadere del termine il Governo, considerate le perduranti difficoltà di NR, ha presentato il piano di ristrutturazione ed adottato ulteriori misure di sostegno. In particolare, il piano di ristrutturazione presentato ad aprile 2008 prevedeva il dimezzamento dello stato patrimoniale entro il 2011 e la sua stabilizzazione per aumentare il volume dei depositi al dettaglio rispetto all'importo del finanziamento totale, ma con saldi inferiori ai livelli pre-crisi; la chiusura di sportelli e liquidità di attività estere; nuovo gruppo dirigente; preparazione della società alla privatizzazione. Inoltre, il Governo aveva dato disponibilità ad adottare specifiche misure compensatorie, quali la drastica riduzione di concessione di nuovi prestiti ipotecari e l'impegno ad attuare una politica aggressiva di recupero dei crediti incluso l'incoraggiamento attivo ad orientare verso la concorrenza i clienti solventi; sottoscrivere un impegno pubblico di concorrenza; astenersi dal concedere prestiti personali e commerciali non garantiti per la durata della ristrutturazione; non aumentare il numero complessivo di sportelli nel Regno Unito.

La Commissione ha valutato in maniera "neutra" gli assetti proprietari e ha ritenuto che la nazionalizzazione fosse compatibile con le norme comunitarie in considerazione del fatto che gli azionisti sarebbero stati unicamente risarciti rispetto al valore della società, senza essere sussidiati²⁵⁸. Tuttavia, deve ancora essere verificata la coerenza del piano di ristrutturazione di NR con le linee guida comunitarie in materia di

²⁵⁸ Dalla valutazione del valore delle azioni è stato escluso il sostegno prestato dallo Stato alla banca in modo da non farlo gravare sul prezzo di acquisto delle azioni stesse e determinare, in tal modo, un sostegno pubblico ai vecchi azionisti di Northern Rock o alla banca stessa. La Commissione ha ritenuto che l'impegno assunto dal Tesoro nei confronti dell'autorità di vigilanza di adottare opportuni provvedimenti per garantire che Northern Rock opererà al di sopra dei requisiti di capitale minimo potrebbe costituire un aiuto addizionale alla ristrutturazione considerato che in mancanza di tale impegno, infatti, in condizioni normali l'autorità di vigilanza avrebbe limitato l'operatività della banca.

ristrutturazione (soprattutto dopo la recente Comunicazione dell'agosto 2013) e dunque se sia in grado di assicurare il ritorno alla normalità dell'impresa aiutata, se il sostegno sia limitato all'ammontare e al periodo di tempo necessario e se la banca contribuisca in misura significativa ai costi della ristrutturazione. Allo stato attuale, prevedere l'esito del procedimento è alquanto difficile.

Infatti, da un lato, la prassi in tema di misure compensative è piuttosto rigorosa: la Commissione ha ritenuto che fossero contropartite adeguate le consistenti riduzioni degli attivi aziendali attuate attraverso cessioni di rami d'azienda quali vendite di società controllate e le vendite di sportelli²⁵⁹. In passato la cessione ad altri operatori è stata preferita alle semplici chiusure degli stessi o agli impegni a non aumentarne il numero, essendo tali misure quelle ritenute meglio in grado di ridurre le quote di mercato e dunque di incidere significativamente sul potere di mercato dell'impresa aiutata e ripristinare il *level playing field*.

Dall'altro, nel corso del procedimento, la situazione dei mercati finanziari ed in particolare di quello dei prestiti ipotecari del Regno Unito è peggiorata e la riduzione dell'attività di NR non si è accompagnata alla ridistribuzione delle sue quote di mercato tra gli altri operatori. Anzi, si segnala una contrazione complessiva dei volumi per effetto dell'uscita dal mercato degli operatori stranieri e delle crisi di NR e Bradford & Bingley, attiva nel segmento *housing market*²⁶⁰.

Non è, quindi, da escludere che nella valutazione del piano di ristrutturazione sull'effettiva capacità di ripristinare la redditività economico-finanziaria dell'impresa in termini di durata e di scenari presi in considerazione per elaborarlo si debba tenere conto delle perduranti difficoltà dei mercati. In questo contesto la Commissione dovrà valutare la

²⁵⁹ GIGLIO, *Gli aiuti di Stato alle banche nel contesto della crisi finanziaria*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, I, 2009, p. 27.

²⁶⁰ GIEVE, *Economic prospects and the policy challenge*, 16.01.2009, Bank of England.

decisione del Governo di abbandonare la politica di rapida riduzione delle attività di NR per aumentarne la capacità produttiva grazie alla concessione di nuovi crediti²⁶¹.

Con specifico riferimento alle misure di sostegno nazionale, nel periodo che va dal *default* di Lehman Brothers alla crisi finanziaria di NR, la Commissione ha adottato più di quaranta decisioni di compatibilità con le norme del Trattato relative a misure indirizzate sia a singoli intermediari sia ai sistemi bancari e finanziari nazionali²⁶² ed ha avviato un procedimento relativo al sostegno concesso a una banca (WestBL). Inoltre, la Commissione ha emanato ben quattro Comunicazioni interpretative (di cui si parlerà nel prosieguo del presente lavoro), dato questo che dà l'idea delle dimensioni dell'impegno profuso dalla Commissione e dell'eccezionalità della situazione.

Per limitarsi ai casi più importanti di interventi individuali si va dal salvataggio di Fortis e Dexia, intermediari *cross border* a rilevanza sistemica, quello di importanti operatori nazionali come Hyporeal Estate e ING ad altri operatori di minor rilievo (Bradford & Bingley, Carnegie, ecc.). Tra gli schemi nazionali di intervento generale spiccano quello britannico, che coinvolge i primi otto operatori nazionali, e quelli francesi e tedesco. Si precisa sul punto che vi sono interventi mirati a proteggere il sistema nazionale da *cross border spillover effects* come quello finlandese volto ad ovviare le conseguenze di *default* della banca islandese Kaupthing²⁶³. Peraltro, alcuni di questi interventi hanno avuto luogo prima delle Comunicazioni della Commissione.

²⁶¹ Il 23.02.2009 il Governo ha annunciato che Northern Rock aumenterà di 14 mld i crediti ipotecari.

²⁶² Per una visione completa: sito web EU Competition.

²⁶³ Il fallimento della casa madre islandese aveva determinato un *bank run* sui depositi della filiazione finlandese e i principali tre operatori si erano impegnati a garantirne i depositi in misura integrale con il sostegno di una garanzia pubblica; le grave preoccupazioni per i depositanti inglesi della filiazione on line di un'altra banca islandese Landsbanki hanno indotto il governo britannico a congelare le attività della banca avvalendosi della legislazione antiterrorismo.

Si ritiene opportuno osservare sin d'ora che la Commissione non si è tirata indietro nell'esaminare le misure di sostegno statale. Anzi, ha immediatamente osservato che la disciplina degli aiuti non è un problema, ma parte della sua soluzione, evitando la corsa al sussidio e la discriminazione in base alla nazionalità degli operatori. Essa è, inoltre, riuscita a soddisfare la richiesta di provvedimenti tempestivi ed urgenti degli Stati membri e di certezza legale²⁶⁴ in un contesto in cui i tratti caratteristici del sostegno alle banche in crisi, tempestività ed urgenza, erano ulteriormente enfatizzati per l'elevato rischio di contagio sistemico²⁶⁵ e in mancanza di una procedura dedicata alle situazioni di urgenza.

3. Gli aiuti di Stato tra regolamentazione orizzontale e crisi dei mercati: l'attuale legislazione di emergenza.

Stante il quadro delineato nei precedenti paragrafi, e complici il fallimento della banca Lehman Brothers e le difficoltà finanziarie del colosso assicurativo AIG (oggetto di diversi interventi di salvataggio da parte del governo americano) nei confronti dei quali le maggiori banche europee erano fortemente esposte²⁶⁶, la crisi si diffonde anche nel vecchio continente.

²⁶⁴ Ogni decisione pubblica – incluse quelle relative alla legittimità delle misure statali di sostegno d'emergenza – dovrebbe, infatti, intervenire il più rapidamente possibile anche per limitare le incertezze legali derivanti dalla mancata autorizzazione dell'aiuto prima della sua erogazione. Si ricorda che l'aiuto concesso in violazione dell'art. 107 TFUE è *ipso facto* illegale e comporta la possibilità per la Commissione di imporre misure provvisorie volte a bloccare l'erogazione dell'aiuto o la sua restituzione. Inoltre, la misura illegale è soggetta al rischio di un'azione in giudizio da parte di un concorrente presso i tribunali nazionali, che sarebbero obbligati a contestarne l'illegalità.

²⁶⁵ Le banche, in virtù della loro attività di trasformazione delle scadenze e del loro ruolo nel sistema dei pagamenti, sono più esposte di altre al rischio di contagio. Nel settore bancario non è escluso che le difficoltà di una sola banca possono rendere necessaria l'adozione misure urgenti volte ad evitare crisi di fiducia generalizzate che possono avere ripercussioni negative gravi su altri intermediari.

²⁶⁶ Nel caso di AIG, l'istituto assicurativo che vendeva protezione sul *default* dei CDO's che gli enti creditizi avevano in portafoglio si veda il documento *AIG discloses counterparties to CDS, GIA, and securities lending transactions*, disponibile sul sito www.aig.com/related_resources.

Gli Stati membri hanno deciso di intervenire e, per il tramite dell'ECOFIN, hanno espresso la necessità di aiutare il settore bancario seguendo determinate linee guida basate sulla necessità di tutelare i *taxpayers* e la concorrenza e di prevedere una forma di coinvolgimento dell'ente che avrebbe beneficiato del sostegno ²⁶⁷. Di poco successiva ²⁶⁸ alle raccomandazioni ECOFIN è la comunicazione della Commissione europea "The application of State aid rules to measures taken in relation to financial institutions in the context of the current global financial crisis"²⁶⁹ meglio nota come *Banking Communication* con la quale sostanzialmente la Commissione si incarica di dettare le condizioni in presenza delle quali i piani avrebbero passato il vaglio di compatibilità.

A questa fa seguito la comunicazione "The recapitalisation of financial institutions in the current global financial crisis: limitation of aid to the minimum necessary and safeguards against undue distortion of competition"²⁷⁰, nota come *Recapitalisation communication* e la *Impaired*

²⁶⁷ In dettaglio, le raccomandazioni erano le seguenti: a) *intervention must be timely but support must be in principle temporary*; b) *the Member States will be watchful regarding the interests of taxpayers*; c) *existing shareholders should bear the due consequences of the intervention*; d) *governments should be in a position to bring about a change of management*; e) *management should not retain undue benefits*; f) *government may have inter alia the power to intervene in remuneration*; g) *the legitimate interests of competitors must be protected, in particular through the State aid rules*; h) *negative spillover effects must be avoided*. Si veda *Economic and Financial Affairs Conclusion, 2894 meeting*, del 7 ottobre 2008 in Luxemburg, disponibili sul sito www.consilium.europa.eu.

²⁶⁸ Subito dopo l'ECOFIN vi è stata anche una dichiarazione dell'*Euro summit* del 12 ottobre tenutosi a Parigi che considerava la possibilità che "Governments would make available for an interim period and on appropriate commercial terms, directly or indirectly, a Government guarantee, insurance, or other similar arrangements of new medium-term (up to 5 years) bank senior debt issuance. Depending on domestic market conditions in each country, actions could be targeted at some specific and relevant types of debt issuance". E' quindi intervenuta la Banca centrale europea a specificare le condizioni della garanzia e del tipo di debito ammesso. Si legga la *Comunicazione Recommendations of the Governing Council of the European Central Bank on government guarantees on bank debt*, disponibile sul sito www.ecb.int.

²⁶⁹ Comunicazione C(2008) 270/02 in OJ C 270/8 del 25/10/2008.

²⁷⁰ Comunicazione C(2008) 8259, in OJ C 10, del 15 gennaio 2009.

asset communication “Communication from the Commission on the Treatment of impaired assets in the Community banking sector”²⁷¹.

Gli altri documenti emanati nell’ambito della legislazione di emergenza sono il *Temporary Community framework for State aid measures to support access to finance in the current financial and economic crisis*²⁷² (in realtà quest’ultimo tocca solo marginalmente il tema specifico in analisi – gli aiuti alle banche – e pertanto ne verranno enunciate solo le linee generali) e le *Restructuring guidelines* sui principi da seguire in caso di ristrutturazione degli istituti di credito.

E’ stato precisato che a partire da ottobre 2009 il ruolo della Commissione sia traslato da “censore”²⁷³ delle misure di salvataggio fino ad allora attuate dagli Stati membri a “mentore” di quelle che stavano per essere introdotte. Tale mutamento di ruolo parrebbe giustificabile se si considera che a livello europeo non esiste altra autorità che possa fungere da supervisore o da coordinatore dell’implementazione di un piano concertato riguardante la materia finanziaria. L’ECOFIN, infatti, non ha strutture per monitorare che gli Stati non si allontanino da quanto pattuito e una tale verifica di *compliance* si rende necessaria in considerazione sia dell’ammontare di risorse in gioco sia dei seri effetti potenzialmente distorsivi della concorrenza nel mercato interno che gli aiuti potrebbero determinare. L’intervento della Commissione in tal senso pare necessario non solo per assicurare il tanto ambito *level playing field* ma anche per assicurare agli Stati membri una sorta di “certezza del diritto” circa il fatto che le proprie decisioni non sarebbero state successivamente censurate da valutazioni di incompatibilità con il regime europeo di aiuti di Stato.

²⁷¹ Comunicazione 2009/C 72/01 in OJ C 72/1 del 26 marzo 2009.

²⁷² Comunicazione 2009/C 83/01 in OJ C 83/1 del 7 aprile 2009.

²⁷³ Per le decisioni prese su singole istituzioni si veda il caso della *Northern Rock*, cit., *WestLB Riskshield*, *Sachsen LB*, *Hypo Real Estate Holding*, *Roskilde Bank* e *Bradford&Bingley*. Tutti disponibili sul sito www.ec.europa.eu/competition.

La prima caratteristica della *Banking Communication* è che si autorizza la Commissione²⁷⁴ ad adottare un approccio più flessibile nel valutare i piani di salvataggio dei governi. In particolare si indicano una serie di misure “autorizzabili”: schemi di garanzia che coprono le passività delle istituzioni finanziarie, ricapitalizzazione delle istituzioni, liquidazione controllata, altre forme di sostegno alla liquidità. Al riguardo, preme precisare che si tratta effettivamente di interventi introdotti dagli Stati, a cui va sommata la garanzia addizionale sui depositi.

In merito alle garanzie a copertura delle passività la Commissione si preoccupa sostanzialmente di richiedere agli Stati che le misure siano non discriminatorie, e che quindi si applichino a tutte le banche presenti sul territorio indipendentemente dalla nazionalità e che abbiano una *significant activity* nello Stato membro; che l’aiuto pubblico sia limitato al minimo necessario e che di conseguenza vi sia un confronto significativo da parte dell’ente beneficiario. Tale contributo, si suggerisce, può assumere la forma di commissioni (*fees*) il più vicine possibili a quelle di mercato e che riflettano i diversi livelli di rischio in considerazione della peculiarità di ciascuna banca e dei suoi bisogni, ovvero può essere rappresentato dalla copertura di parte della passività garantita mentre allo Stato competerà il restante ammontare, e nel caso in cui l’istituto non riesca a pagare la sua parte, vi sia comunque una forma di escussione successiva (*better fortune*

²⁷⁴ Con precisione il 1° ottobre il Collegio dei Commissari ha dato pieno mandato al Commissario della concorrenza Neelie Kroes ad autorizzare le misure di emergenza prese dagli Stati, anche al fine di assicurare una decisione più spedita possibile. Non a caso i piani sono stati dichiarati compatibili in tempi brevissimi dalla loro emanazione. Si veda, sul punto, il resoconto dell’incontro n. 1845 della Commissione del 1° ottobre 2008, disponibile sul sito www.ec.europa.eu. Non solo perché la stessa *Banking Communication*, nel richiedere la pronta comunicazione da parte degli Stati delle misure adottate al fine di garantire la conformità delle stesse con il Trattato e che le distorsioni tra Stati siano mantenute al minimo, ricorda che in alcuni casi, a notifica completa, le decisioni sono state prese anche in 24 ore (fu questo il caso della *Bradford&Bingley* inglese) o nel fine settimana. Cfr. *Banking Communication*, sub 53, *Rapid Treatment of State Aid Investigations*.

clause) che consenta allo Stato di recuperare quanto eventualmente pagato²⁷⁵.

Al fine poi di evitare ogni effetto distorsivo della concorrenza, nella Banking Communication si suggerisce di predisporre dei meccanismi che includano o combinino alcuni requisiti comportamentali da parte dei beneficiari. Il timore principale può essere quello del verificarsi di fenomeni di *moral hazard*²⁷⁶, per cui vengono imposte restrizioni commerciali, nella forma del divieto per l'istituto beneficiario di pubblicizzare la garanzia statale; limitazioni alla crescita di bilancio con riferimento a determinati parametri; divieti di condotte che siano inconciliabili con il fine della garanzia, come ad esempio l'acquisto di azioni proprie o la previsione di *stock options*, nonché l'esistenza di nuovi elementi punitivi o di *enforcement*.

Inoltre, in materia di garanzia sul debito, la Banking Communication afferma che la durata degli schemi debba essere temporaneamente limitata, che saranno approvati quelli dai 6 mesi a 2 anni e che la concessione di garanzia ad un ente beneficiario debba essere fornita a fronte di un piano di ristrutturazione ovvero progressiva liquidazione dell'istituto. Ed, infatti, la Commissione approverà i piani che tendano al ripristino della produttività di lungo termine del beneficiario, che prevedano un sostegno limitato al minimo da parte dello Stato e che siano congegnati in modo tale da preservare la concorrenza.

Per quanto riguarda le indicazioni sulle misure di ricapitalizzazione, queste si sostanziano nella necessità che le condizioni di eleggibilità siano oggettive e non discriminatorie, che l'aiuto sia limitato nel tempo e allo

²⁷⁵ RUSSO, *Commissione europea, aiuti di Stato alle banche e diritto societario: una difficile convivenza*, in *Banca Impresa Società*, 1/2009, p. 392.

²⁷⁶ Il continuo riferimento al *moral hazard* fatto nelle varie comunicazioni, esprime la volontà di evitare che le banche approfittino dell'aiuto governativo in vario modo: pubblicizzandolo e quindi ingenerando nel pubblico la convinzione che quella banca sia "garantita" e pertanto più sicura rispetto ad altre, utilizzandolo per pagare *bonus* ai propri *managers*, per investire in nuovi settori, per sostenere fittiziamente il valore dell'impresa con l'utilizzo del denaro pubblico per l'acquisto di azioni proprie.

stretto necessario nonché preveda dei rimedi a tutela di possibili abusi e di possibili distorsioni della concorrenza. Il governo deve, inoltre, essere in grado di monitorare la concreta applicazione di tali *safeguards* e di adottare gli eventuali provvedimenti che si rendessero necessari. Si precisa che non ci sono prescrizioni specifiche quanto ai tipi di strumenti utilizzabili, si accenna a *shares, warrants, subordinated capital*, ma alla fine di assicurare che all'aiuto pubblico corrisponda una valida contropartita “instruments such as preferred shares with adequate remuneration, will be regarded positively”. Quello che la Commissione sembra non considerare al momento è che la remunerazione delle azioni privilegiate è soggetta all'esistenza di utili distribuibili. Il che rende la previsione facilmente aggirabile per lo meno nel breve termine.

Nel caso in cui la ricapitalizzazione avvenga per il tramite di scambio di titoli, questo deve essere fatto sulla base di una valutazione che tenga conto del rischio sottostante. La decisione della Commissione avverrà assicurando la coerenza del risultato complessivo della ricapitalizzazione con quello che si sarebbe avuto con “a recapitalisation measure taken outside such a scheme according to the principle of R&R Guidelines”.

Nel caso di liquidazione dell'istituto, questa deve essere considerata o come *second step* quando diventa chiaro che il salvataggio non avrà successo o anche prevista immediatamente. Ancora per evitare l'insorgere di *moral hazard*, gli azionisti e alcuni tipi di creditori devono essere esclusi dal ricevere ogni beneficio nello svolgersi della procedura di liquidazione. Ovviamente, la vendita degli *asset* deve essere non discriminatoria, deve avvenire a condizioni di mercato e deve rappresentare la massimizzazione del loro valore.

Allorquando si opti per forme addizionali di assistenza al capitale, anche con l'intervento della banca centrale, queste devono essere concesse rispettando determinate condizioni, come: l'ente beneficiario deve essere solvente al momento della concessione della misura e non deve partecipare

ad un più ampio piano di aiuti, la misura deve essere accompagnata da garanzia, la banca centrale deve applicare un tasso di interesse maggiorato ed, infine, è necessario che la misura sia presa su iniziativa autonoma della banca centrale non essendo assistita da garanzia pubblica.

In linea generale, qualsiasi sia la misura adottata dagli Stati, la Banking Communication richiede che il piano sia specificamente mirato ad ottenere l'obiettivo prefissato, sia proporzionato e non comporti effetti negativi di *spill-over* su concorrenti, altri settori e altri Stati membri.

La seconda comunicazione di cui nel presente lavoro è necessario parlare è la *Recapitalisation*. Si tratta di un documento nel quale si stabiliscono i criteri circa il meccanismo di fissazione del prezzo che deve essere corrisposto allo Stato per la concessione dell'aiuto a sostegno del capitale. In un'ottica d'insieme sembra che la Commissione prediliga un atteggiamento punitivo nei confronti delle banche maggiormente esposte al rischio (che pure saranno quelle che probabilmente avranno più difficoltà a ripagare l'aiuto), mentre uno comprensivo è rivolto a quegli istituti che rimangono fondamentalmente sani ma che necessitano di liquidità per stimolare la stabilità finanziaria e l'erogazione di prestiti all'economia reale.

Dopo aver ribadito la necessità che vi sia concorrenza leale tra Stati membri, tra banche e che è necessario garantire il ritorno al normale funzionamento di mercato, la *Recapitalisation* in linea con le raccomandazioni della BCE, passa ad enucleare una serie di principi relativi ai diversi tipi di ricapitalizzazione. Si afferma innanzitutto che la migliore garanzia per limitare le temute distorsioni è quella della determinazione di prezzi prossimi a quelli di mercato: in questo modo pare garantita la possibilità per l'istituto di rimborsare la misura al termine della crisi e l'ingresso di investitori privati al posto dello Stato. Inoltre, tale comunicazione considera che, in ogni caso, quanto più è elevata la remunerazione, tanto minore è la necessità di presidi a difesa della

concorrenza in quanto il livello di prezzo limiterà le distorsioni alla stessa. E' altrettanto vero però che un tale livellamento degli interessi a tassi per lo più alti potrebbe eliminare del tutto la concorrenza anche senza bisogno che gli enti concludano un cartello: le informazioni pubbliche e la standardizzazione delle condizioni, potrebbero portare a taciti comportamenti collusivi degli istituti.

Da ultimo, nella Recapitalisation è richiesta l'adozione di adeguati incentivi per il rimborso del capitale pubblico. Così, ancora una volta, la possibilità di una remunerazione alta viene sponsorizzata, questa volta perché è vista come il modo più semplice affinché le banche cerchino capitale alternativo. In realtà, non è specificato cosa debba intendersi per capitale alternativo: se il riferimento dovesse essere a quello privato, e dovesse venire colto dagli istituti, stante le attuali condizioni mercato, è facile immaginare l'ingresso di fondi arabi e asiatici nel capitale delle banche europee²⁷⁷.

Tuttavia, nel caso in cui lo Stato non volesse fissare un tasso alto, potrebbe aumentare il livello di remunerazione complessiva facendo ricorso ad opzioni *call* o ad altre clausole di rimborso o meccanismi che incentivino comunque il ricorso della banca al capitale privato. Come meglio si vedrà nel prosieguo del presente lavoro, la maggior parte dei paesi che hanno fissato un tasso basso, non hanno ritenuto di dover far seguito a tale indicazione.

Con riferimento ad un altro documento emanato dalla Commissione ossia la *Impaired Asset Communication*, si precisa innanzitutto che trova applicazione in presenza di misure pubbliche adottate a sostegno di quegli *asset* il cui valore è diminuito durante la crisi (le c.d. attività deteriorate).

I principi espressi sono in linea con gli orientamenti di *policy* della Commissione esaminati finora: piena trasparenza e *disclosure* delle

²⁷⁷ Come accaduto alla Barclays che preferì non richiedere il sostegno del governo britannico e rivolgendosi al mercato per iniezioni di liquidità, ricevette l'apporto di investitori del Qatar e di Abu Dhabi.

riduzioni di valore; pragmaticità nella scelta degli *asset* ammissibili, in considerazione del fatto che l'*impairment* si è esteso anche ad altre attività e non solo ai titoli considerati “tossici” come coperture sui derivati e relativi derivati, e mutui americani garantiti da ipoteca.

Pertanto, a parere della Commissione è necessario individuare in maniera coordinata tra i diversi Stati europei un *basket* di *assets* che sia sufficientemente omogeneo – così come la loro valutazione²⁷⁸ - da evitare distorsioni alla concorrenza e arbitraggi regolamentari da parte delle banche tra i vari piani. Inoltre, ci deve essere una adeguata condivisione degli oneri tra azionisti, creditori e Stato: in questo modo si vuole garantire la attiva partecipazione della banca beneficiaria agli eventuali costi che dovessero sorgere in capo allo Stato che garantisce quei titoli. Una tale condivisione può avvenire tramite un sistema di *first loss* e *residual loss sharing* di competenza dell'istituto beneficiario. L'unico Stato che ha finora messo in atto tale possibilità è la Gran Bretagna con l'*Asset Protection Scheme*. Ad ogni modo, la Commissione considera il *burden sharing* essenziale al fine di assicurare il massimo grado di trasparenza e *disclosure*, di limitare il

²⁷⁸ Il problema di fondo è che al momento vi è una forte discrepanza tra il valore al quale sono stati iscritti in bilancio e quello effettivo di mercato. Per cui per mediare tra un valore fasullo (quello del bilancio) ed uno che può anche essere pari a zero (quello di mercato), è probabile che la Commissione abbia considerato quello “economico” come giusto compromesso visto che da un lato tali *assets* hanno ancora delle potenzialità nel futuro e dall'altro perché per dare un effettivo *relief* alla banca questi *assets* dovevano essere valutati per un ammontare comunque superiore a quello di mercato. La questione immediatamente successiva è cercare di capire quando e da chi verrà dato un valore nel futuro alle attività in analisi. Si ritiene, in particolare, che un ruolo chiave potrà essere svolto dagli *hedge fund*: è ipotizzabile che questi abbiano incentivo a rivolgersi alle banche per comprare i loro *assets* tossici. Infatti, questi potrebbero acquistarli ad una cifra anche irrisoria e cercare poi di “spacchettarli”, ricostruirne la catena e capire quali possibilità ci siano di rimetterli nel mercato. Bisogna considerare che questi titoli ormai sono completamente autonomi ed indipendenti dal soggetto che paga o non paga il mutuo dal quale sono stati originati, per cui è probabile che con tecniche di “ingegneria finanziaria” riescano a ricreare un mercato per le componenti il titolo. In questo caso l'incentivo per le banche consiste nel fatto che riescono a vendere dei titoli che rischiano di essere completamente improduttivi e nel far ciò si sono anche liberati di *assets* che fanno da collo di bottiglia al ristabilimento della fiducia tra gli operatori. A quel punto il ruolo degli *hedge funds*, se riescono nell'intento, avrà come esternalità positiva il fatto che lo Stato potrà giovare di quel mercato e provare a vendere i titoli che aveva scambiato o acquistato (Cfr. RUSSO, *cit.*, 397).

moral hazard, e di far sì che le banche paghino le conseguenze dei comportamenti *risk taking* assunti nel passato.

La Impaired Asset Communication, inoltre, prevede che vi debba essere una adeguata remunerazione allo Stato per la protezione concessa agli *assets* che deve essere particolarmente alta in considerazione dell'elevato livello di rischio che un'operazione di tal genere comporta. Infatti, come ammesso nella stessa Comunicazione: "Le misure di sostegno a fronte di attività deteriorate possono essere paragonate, in un certo qual modo, a conferimenti di capitali, in quanto procurano un meccanismo di assorbimento delle perdite e hanno un'incidenza sul capitale obbligatorio. Tuttavia, le misure di sostegno comportano un rischio maggiore per lo Stato, legato a un portafoglio specifico di attività deteriorate senza contributi diretti delle attività e dei fondi generatori di reddito di altre banche e oltre la sua possibile partecipazione nella banca. Considerati i maggiori svantaggi e i minori lati positivi, di norma la remunerazione per il sostegno a fronte di attività deteriorate dovrebbe essere superiore a quella per i conferimenti di capitale".

In altri termini, lo scopo della Impaired Asset Communication sembra essere quello di evitare fenomeni di *moral hazard*, cercando di allineare gli incentivi delle banche a partecipare a quelli dello Stato al rispetto dell'interesse pubblico nel senso di non essere vincolato *sine die* a sostenere il capitale degli istituti.

Infine, meritano di essere considerate altre due comunicazioni della Commissione: il *Temporary Community Framework* e le *Restructuring Guidelines*. In particolare, il primo è un documento di ampio respiro che introduce una nuova e più "morbida" chiave di lettura dell'art. 107, par. 3, lett. b) TFUE facendo riferimento da un lato ai principi generali che ne sono alla base²⁷⁹ dall'altro ad aiuti specifici destinati ad alcuni settori in cui

²⁷⁹ Regola del *de minimis*; aiuto nella forma di garanzia o di sussidio; si veda il Temporary Framework, sub 4.2-4.4

generalmente si applica la scriminante *de qua*. Dunque, in quella comunicazione la Commissione analizza prima l'impatto che la crisi ha avuto sull'economia reale, facendo riferimento al *Recovery Plan* della Commissione riguardante le misure di breve termine per aumentare la domanda, sostenere l'impiego e teso al più generale ristabilimento della fiducia tra gli operatori creditizi e le PMI, poi analizza il ruolo degli aiuti di Stato in tale contesto e riafferma la necessità che questo avvenga in maniera coordinata per evitare una "gara al sussidio" da parte degli Stati nei confronti delle proprie imprese. Non solo, perché l'azione coordinata secondo le linee guida impartite dalle comunicazioni della Commissione è necessaria al fine di assicurare quel *level playing field* per le aziende europee a tutela della concorrenza.

E' per questo, si sostiene, che le addizionali misure temporanee contenute nel documento in analisi sono necessarie per sbloccare l'attuale morsa creditizia e per incoraggiare la società a continuare ad investire nel futuro.

Alla base delle linee guida sugli aiuti di Stato a favore della ristrutturazione di singole banche (*Restructuring Guidelines*)²⁸⁰, che hanno trovato applicazione fino al 2010, vi sono gli stessi principi ormai noti: le banche beneficiarie devono acquisire una redditività di lungo termine senza ulteriore sostegno statale, vi deve essere un adeguato *burden sharing* e devono essere adottate misure per limitare le distorsioni della concorrenza. La redditività richiesta può avvenire anche tramite la vendita di una banca ad un'altra con modalità trasparenti, oggettive, incondizionate e non discriminatorie, anche se, in via preferenziale, quella deve essere raggiunta con strumenti interni alla banca.

Il *burden sharing* sarà soddisfatto se l'aiuto statale è limitato ai costi strettamente necessari al ripristino della normalità, tenendo conto che le

²⁸⁰ Commission Communication, *The return to viability and the assessment of restructuring measures in the financial sector in the current crisis under the State aid rules*, in <http://ec.uropa.eu/competition>.

banche devono comunque utilizzare per il risanamento innanzitutto fondi propri. Aiuti addizionali da parte dello Stato per la ristrutturazione devono considerarsi ammissibili in caso di tutela della stabilità finanziaria (e quindi in linea di principio non sono vietati). Nel valutare le misure che possono eliminare o limitare le distorsioni sulla concorrenza la Commissione si baserà su due criteri: il primo di tipo quantitativo, che avrà cioè ad oggetto l'ammontare di un aiuto ricevuto e le condizioni e le circostanze in base alle quali è stato concesso e il secondo di tipo qualitativo, ossia relativo alle caratteristiche del mercato o dei mercati in cui opera la banca beneficiaria e quindi gli effetti dell'aiuto su quei mercati. E' prevista pertanto la necessità che le banche si sottopongano a *tests* di *stress* relativi alle prospettive presenti e future dei mercati di riferimento, basati su principi accettati a livello europeo. L'esito della ristrutturazione potrebbe portare le banche a dover rivedere il loro *business plan*, a ritirare le attività in perdita, a dover assorbire un concorrente efficiente o alla liquidazione in condizioni normali.

4. "So far so good?" Uno sguardo ai piani di salvataggio bancari emanati dagli Stati.

Sulla base delle considerazioni precedenti, sembrerebbe potersi affermare che la Commissione è stata in grado da un lato di assicurare il necessario *level playin field* e di averlo fatto in maniera pronta ed efficace, e dall'altro di aver garantito certezza giuridica agli Stati agendo come una sorta di guida stabilizzatrice durante la crisi evitando quella *subsidy race* che pure si sarebbe potuta verificare. In questo modo la Commissione avrebbe preservato la validità del regime generale di aiuti di Stato e avrebbe quindi tutelato la concorrenza nel mercato interno²⁸¹.

²⁸¹ GIGLIO, *Gli aiuti di Stato alle banche nel contesto della crisi finanziaria*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, 1/2009, p. 23.

Un più rigoroso *assessment* della legislazione sinora analizzata può farsi solo se si esaminano i piani di salvataggio bancari effettivamente emanati dagli Stati. Tale tipo di analisi potrà condurci a valutare a) se non vi sia invece il rischio che si verifichino distorsioni della concorrenza nel lungo termine; b) se ed in che modo la Commissione ha tenuto conto di eventuali ostacoli di diritto societario che pure potrebbero sorgere; c) quale sia l'effettiva probabilità che lo Stato possa uscire dal capitale; d) se vi sono elementi che la Commissione avrebbe dovuto tenere in considerazione.

A questo punto è inevitabile passare in rassegna, seppur in estrema sintesi, i piani emanati in Francia, Spagna, Gran Bretagna, Germania e Italia, maggiormente rappresentativi di quelli emanati nel resto d'Europa, che non sempre perseguono o applicano tutti i principi suggeriti dal regolatore europeo²⁸².

Ebbene, *Le plan de financement de l'économie*, ovvero una particolare manovra messa a punto dal governo francese, consta di diverse misure che si sono stratificate nel corso del 2008 e che con l'approvazione della *loi* 2008-1061 sul finanziamento dell'economia hanno comportato la modifica dello schema di finanziamento delle banche e la creazione di società *ad*

²⁸² E' opportuno precisare che non tutti i paesi hanno posto in essere dei piani di salvataggio. Fanno eccezione quelli che sono stati di recente ammessi in Europa, ovvero: Cipro, Malta, Slovacchia, Estonia, Repubblica Ceca, Polonia, Lituania, Bulgaria e Romania, che sono però intervenute con misure di sostegno dell'economia reale e quindi di famiglie e PMI, con aiuti fino a 500.000 euro. Si veda per la Repubblica Ceca, *Decision not to raise objections*, IP/09/890 del 8 giugno 2009; per Malta si veda *Decision not to raise objections*, IP/09/820 del 18 maggio 2009; per la Romania si veda *Decision not to raise objections*, IP/09/882 del 5 giugno 2009; per la Slovacchia si veda *Decision not to raise objections*, IP/09/680 del 30 aprile 2009. La ragione del mancato sostegno alle banche potrebbe essere rintracciata nella circostanza che il loro sistema finanziario non è particolarmente evoluto da necessitare un sostegno e per la mancanza di ingenti capitali pubblici da poter mettere a disposizione. Diverso è il caso della Lettonia che è stata pesantemente colpita dalla crisi e dai riflessi negativi sull'economia reale: essa è dovuta prima intervenire a sostegno della *Parex Banka* nel novembre 2008, si veda sul punto la decisione con cui la Commissione apre una investigazione formale sul salvataggio: *Commission opens in depth investigation into aid package for Latvian JSC Parex Banka*, IP/09/1203; ed è poi ricorsa a misure di salvataggio per un totale di 4,5 miliardi di euro, che comprendono iniezioni dirette di capitale, sebbene non sempre utilizzate, garanzia sulle passività, e altre misure a sostegno della liquidità e del finanziamento delle banche.

hoc. In particolare, il governo ha creato due società: la *Société de financement de l'économie française* (SFEF), ad azionariato misto banche-Stato e la *Société de prise de participation pour l'Etat* (SPPE) interamente posseduta dal governo. Per il tramite di quest'ultima, finanziata con debito pubblico, con un *plafond* iniziale di 40 miliardi, il governo sottoscrive particolari titoli di debito delle banche, i *titres super-subordonnés* (TSS). Dei 40 miliardi iniziali, una prima *tranche* da 10,5 miliardi è stata utilizzata per sottoscrivere TSS²⁸³ emessi dalle sei banche principali francesi pari a quasi lo 0,5% del loro capitale. Una seconda *tranche*, invece, è stata portata a gennaio 2009 dai 10,5 miliardi iniziali ad 11 miliardi e la scadenza di emissione dei titoli sottoscrivibili è stata spostata al 31 agosto 2009. Peraltro, anche in questa seconda fase il governo la possibilità alle banche di emettere titoli di debito subordinato oltreché azioni privilegiate senza diritto di voto.

La remunerazione fissata per la sottoscrizione dei titoli è dell'8,2%, che potrebbe equivalere ad un guadagno di 850 milioni per lo Stato. Come si evince dalle caratteristiche dei TSS, tuttavia, da un lato la remunerazione degli stessi non è assicurata e dall'altra la durata dell'intervento pubblico può potenzialmente essere a tempo indeterminato.

Un intervento diretto sul capitale è invece previsto in casi di necessità ed urgenza, laddove il governo può sottoscrivere aumenti di capitale nel caso in cui un eventuale *default* dell'istituto interessato potrebbe avere conseguenze di rilievo sistemico²⁸⁴. La SFES, invece, agisce come un

²⁸³ I TSS, introdotti nell'ordinamento francese dall'art. 61 della legge 2003-706, sono degli strumenti ibridi di capitale le cui caratteristiche principali sono: i) essere a scadenza indeterminata e con rimborso anticipato a richiesta dell'emittente; ii) in caso di liquidazione, il rimborso dei titoli è subordinato a quello degli altri strumenti; iii) deve essere previsto che, a certe condizioni, come il mancato pagamento dei dividendi agli azionisti, il pagamento dei titoli sia rimesso alla completa discrezione dell'emittente e nel caso in cui decidesse di non pagare, questo non vada considerato come *default* ma come un annullamento della remunerazione senza che si dia luogo al sorgere di interessi cumulativi.

²⁸⁴ E' questo quanto accaduto, come precisato nei paragrafi precedenti del presente lavoro, nel caso DEXIA. Vista la grave condizione di liquidità in cui versava l'istituto e

normale operatore di mercato: infatti, soggetta al controllo della *Commission Bancaire*, emette *bonds* garantiti dal governo e scambiati sul mercato, inoltre, utilizza l'ammontare raccolto per concedere prestiti agli istituti che ne fanno richiesta. Deve essere precisato al riguardo che sebbene la garanzia trovi applicazione ai titoli emessi entro il 31 dicembre 2009 e ha una validità di 5 anni, l'intervento governativo sarà valido fino al 31 dicembre 2014, quindi, ben oltre il tempo stimato di ritorno alla normalità (2010/2011).

Gli istituti ammessi a partecipare sono quelli aventi sede legale in Francia, incluse le filiali di banche estere. Il sostegno finanziario non è a titolo gratuito in quanto gli istituti sono tenuti a prestare una garanzia, costituita da prestiti immobiliari assistiti da ipoteca di primo grado, o da altra garanzia emessa da una finanziaria, prestiti ad enti pubblici, o concessi a imprese con un alto livello di merito del credito, nonché prestiti al consumo. La qualità del *collateral* è valutata dalla Banca di Francia e dal Ministero dell'Economia. Inoltre, è prevista la corresponsione di un tasso di interesse, il cui valore è calcolato secondo il costo di finanziamento della SFEF e quello specifico dello Stato per la prestazione di garanzia.

Finora la SFEF, amministrata dall'Agenzia del Tesoro, ha preso in prestito 23 miliardi sul mercato, e ha concesso prestiti per uguale ammontare a 13 istituti, con un tasso di interesse del 4%, che permetterà allo Stato di

visto il rilievo sistematico dello stesso, i governi francesi, belga e lussemburghese, sono congiuntamente intervenuti per salvarlo. Nel caso della Francia, la SPPE ha sottoscritto parte di un aumento di capitale e ha chiesto come contropartita il ricambio degli amministratori, la predisposizione di un piano di ristrutturazione e la presenza di un amministratore di nomina pubblica nel CDA. Poi lo Stato ha partecipato per 55 miliardi ad un *plafond* di garanzia di 150 miliardi e, al fine di ridurre il profilo di rischio della compagnia, ha contribuito alla cessione della filiale americana FSA Asset Management, tramite la prestazione di garanzia sulle esposizioni di DEXIA nei confronti della filiale. Tale garanzia serviva appunto ad agevolare la cessione della FSA, che conduceva attività con profili di rischio particolarmente alto, al fine anche di ricondurre la DEXIA nell'alveo dei suoi settori tradizionali di attività. In cambio, il governo riceve il costo della garanzia e, qualora questa sia effettivamente richiesta, sarà indennizzato con titoli sostitutivi di fondi propri regolamentari (*titres constitutifs de fonds propres réglementaires*)

recuperare 380 milioni in più rispetto a quanto prestato. La contropartita richiesta alle banche, di natura creditizia ed etica, è contenuta in una convenzione tra le stesse e la SFEF. In quest'ultima è stabilito l'obbligo per gli istituti di aumentare del 3-4 % la concessione di prestiti all'economia, nonché a partecipare a programmi di mediazione del credito con l'obiettivo di assicurare caso per caso la possibilità di continuare a sopravvivere al maggior numero possibile di imprese, tramite la riorganizzazione o la sottoscrizione di prestiti. Inoltre, le banche devono aderire ai codici di autoregolamentazione.

Rispetto alle indicazioni europee il piano francese osa di più di quanto a tipologia di titoli sottoscrivibili (i TSS sono ben diversi infatti dalle azioni privilegiate) e non prevede la garanzia diretta dei titoli delle banche interessate, ma di quelli emessi da una società *ad hoc* (SFEF). Complessivamente, il governo francese ha impegnato una somma di 350 miliardi, utilizzandone effettivamente 81 miliardi²⁸⁵.

Diversa è, invece, la situazione del governo spagnolo. Con il *Plan Espanol para el Estimulo de la Economia y el Empleo*²⁸⁶, sono stati sostenuti tutti i settori coinvolti dalla crisi: famiglie, enti creditizi e impiego. Pertanto, il governo ha emanato specifiche misure di natura finanziaria, fiscale, di riduzione della spesa pubblica, di tutela del lavoro e di sostegno alla famiglia. Per quanto concerne quelle a sostegno del segmento creditizio (ad es. il salvataggio della prima banca spagnola Caja La Mancha del marzo 2009), si tratta della *Autorizacion para reforzar el capital de las entidades de credito*, del *Aviles del estado a las nuevas emisiones de deuda de las entidades de credito* e della istituzione di un *Fondo de adquisicion de activos financieros (FAAF)*, a cui si deve aggiungere l'elevamento del

²⁸⁵ *National Measures in support of the EU banking sector, Annex to the Council (ECOFIN) Report to the 18-19 June European Council on the effectiveness of financial support schemes*, in www.consilium.europa.eu.

²⁸⁶ Con tale espressione si fa riferimento in realtà all'insieme di misure attuate tramite diverse leggi, tutte disponibili sul sito www.tesoro.meh.es.

limite di tutela dei depositi da 20.000 a 100.000 euro, avvenuto con l’emanazione del *Real Decreto* 1642/2008²⁸⁷.

Sebbene finora nessun istituto ha fatto ricorso ad interventi diretti sul capitale, la *autorizacion para reforzar el capital de las entidades de credito* autorizza il Ministero dell’Economia ad acquisire titoli emessi dagli istituti di credito spagnoli che necessitano di rinforzare i propri fondi. Nel caso di specie, i titoli acquistabili sono azioni privilegiate e “quote partecipative” nel caso delle casse di risparmio. Il Ministero agisce solo dopo aver informato la Banca Centrale.

Più utilizzate sono state, invece, altre due misure. In particolare, la garanzia statale sulle passività (*Avales del estado a las nuevas emisiones de deuda de las entidades de credito*) consiste nel garantire proprio il debito di medio termine degli istituti. I titoli, la cui categoria può essere anche estesa, dovranno essere scambiati sui mercati regolamentati e gli enti partecipanti possono discrezionalmente decidere di emettere anche un prospetto per quelle emissioni visto che, secondo la legge spagnola, tale obbligo non sussiste nei casi in cui i titoli godono di garanzia pubblica incondizionata ed irrevocabile, come nel caso in esame. La garanzia si intende prestata per cinque anni, con beneficio di preventiva escussione del primo debitore (al contrario di quanto avviene in altri piani dove tale condizione non è contemplata). Peraltro, sin dall’annuncio della misura, sono state molte le banche spagnole ad avervi fatto ricorso. Ciò a conferma della vulnerabilità del settore immobiliare ed, infatti, si è trattato soprattutto di *cajas*, ovvero istituti maggiormente esposti ai prestiti nel settore.

Il FAAF, invece, consiste in un fondo dotato di personalità giuridica ed è gestito nonché amministrato e diretto dal Ministero del Tesoro, per il tramite della Segreteria di Stato dell’economia e della Direzione Generale

²⁸⁷ Disponibile sul sito www.tesoro.meh.es.

del Tesoro²⁸⁸, il quale ha il compito di condurre aste di liquidità secondo due modalità: *compra en firme* e *compraventa doble o simultánea*, corrispondenti ad acquisti *outright e repos*. Con i primi il governo acquista direttamente *assets* delle istituzioni che ne fanno richiesta e si riserva la possibilità di rivendere tali titoli sul mercato prima della loro scadenza. Con gli acquisti del secondo tipo la banca beneficiaria si obbliga a riacquistare i titoli dopo un certo periodo di tempo ad un prezzo prestabilito. I titoli ammissibili sono *covered bonds* e altri tipi di prodotti cartolarizzati scambiati nei mercati regolamentati.

In totale la Spagna ha approvato misure per 130 miliardi utilizzandone effettivamente 49²⁸⁹.

Passiamo adesso a considerare la situazione inglese. Innanzitutto, occorre precisare che, a differenza degli altri paesi europei, le misure poste in essere dal governo inglese sono molte e di vario tipo. Esse spaziano dall'acquisto di azioni privilegiate alla garanzia sul debito di nuova emissione, dallo *swap* di *assets* tossici con *treasury bills* alla garanzia su alcuni tipi di *assets*, dalla protezione sulle perdite all'acquisto di *assets* illiquidi.

Il piano inglese può essere considerato “onnicomprensivo”, con una grande partecipazione della Banca Centrale e con un coinvolgimento – non solo monetario – delle diverse Autorità, tra i maggiori di Europa, stante il grado

²⁸⁸ Il fondo ha una sua struttura di governo interna che prevede un comitato tecnico (*comité tecnico*), un esecutivo (*comisión ejecutiva*) e uno di gestione (*consejo rector*). Al primo compete di coadiuvare il comitato di gestione nelle decisioni riguardanti le contrattazioni d'asta, ed è composto dal direttore generale del Tesoro, tre rappresentanti del *Banco de España*, due rappresentanti dell'autorità di controllo del mercato (CNMV), due vicedirettori generali del Tesoro, un rappresentante dell'*Instituto de Crédito Oficial* (ICO). Al *consejo rector*, presieduto dal Ministro dell'Economia, e composto dai massimi rappresentanti delle istituzioni coinvolte spetta invece la determinazione delle linee guida di investimento, il monitoraggio e la valutazione delle attività poste in essere dal Fondo, nonché le commissioni e i rendimenti che devono essere percepiti dallo stesso. La concreta realizzazione degli acquisti, l'utilizzo e la gestione degli *assets* compete al comitato esecutivo, che si occupa anche della predisposizione del progetto di bilancio del fondo. Della *Comisión ejecutiva* fanno parte il segretario di Stato, il direttore generale del Tesoro, il direttore generale dell'assicurazione e dei fondi pensione, un rappresentante della direzione legale dello Stato, uno dell'istituto ufficiale di credito (ICO), dotati di diritto di voto. Vi partecipano altri rappresentanti di istituzioni, ma senza diritti di voto.

²⁸⁹ Fonte: *National Measures in support of the EU banking sector*.

di serietà con cui la crisi ha colpito il settore bancario. Inoltre, è anche il piano più trasparente in ordine ai soggetti partecipanti, condizioni contrattuali e facilità nel reperimento delle fonti.

Lo *Special Liquidity Scheme*, introdotto nell'aprile del 2008 e, quindi, con largo anticipo rispetto alle indicazioni della Commissione, permette alla Banca Centrale di scambiare buoni del Tesoro, appositamente emessi dal *Treasury* e quindi presi in prestito dalla Banca in Inghilterra, con titoli tossici, soprattutto quelli garantiti da mutui. E' previsto un meccanismo di *haircut*, per cui il valore dei titoli del Tesoro è inferiore rispetto a quello degli *assets* tossici, così da evitare che sia il governo a sopportare eventuali diminuzioni di valore di quei titoli. Il valore dei titoli tossici sarà valutato secondo prezzi di mercato indipendenti e pubblici. Nel caso in cui non dovessero essere disponibili, la BOE si riserva il diritto di calcolarli autonomamente. Tale operazione è destinata a concludersi dopo tre anni dalla chiusura delle operazioni di scambio, avvenuta il 30 gennaio 2009.

Il *Credit Guarantee Scheme* autorizza il *Treasury* a garantire il debito di nuova emissione degli istituti che ne fanno richiesta. Pertanto, nel caso in cui l'ente alla data di scadenza non dovesse essere in grado di ripagare l'ammontare di denaro preso in prestito, il Governo-garante provvederà al pagamento nei confronti del beneficiario o del suo successore. Ovviamente è previsto che gli strumenti non debbano avere nessuna clausola di *cross default* o *cross acceleration* e nessun diritto di pagamento anticipato da parte dell'emittente. La garanzia statale sarà valida solo fino ad aprile 2014.

Il *Bank recapitalisation Fund* contempla la possibilità da parte del governo di sottoscrivere titoli delle banche dietro particolari condizioni, tra cui, quella che maggiormente colpisce, è il divieto dell'emittente di compiere qualsiasi tipo di operazione sulle proprie azioni (incluso l'acquisto) finché non avrà riacquisito quelle in mano al governo o non potrà pagare utili se non avrà riacquisito quelle governative. Inoltre, al fine di assicurare alle banche

liquidità di breve termine, queste possono prendere in prestito *gilts*²⁹⁰ dalla Banca d'Inghilterra dietro prestazione di *collateral*: è questo quanto previsto dalla *Discount Window Facility* che, al fine di supportare il più possibile gli istituti, ammette anche che tali *gilts* possano essere a loro volta utilizzati come garanzia nelle operazioni di mercato aperto condotte dalla Banca Centrale.

Infine, a sostegno del patrimonio degli enti sono destinate le altre tre misure del governo: il *Guarantee Scheme for Asset-Backed Securities*, l'*Asset Protection Scheme*, l'*Asset Purchase Facility*.

Con il primo, il governo garantisce ABS tripla A, inclusi mutui e debito *corporate* e privato delle banche inglesi, mentre con il secondo il governo protegge determinati *assets* dal verificarsi delle perdite. Al verificarsi di un *trigger event*, l'istituto beneficiario sopporterà un certo ammontare di perdita stabilito nel contratto con lo Stato. Inoltre, in questo caso, le categorie di assets ammissibili prestiti *corporate* e *leveraged*, prestiti commerciali e residenziali, RMBS (*residential mortgage-backed securities*), CLO (*collateralised loan obligation*), CMBS (*commercial mortgage backed securities*), CDO (*collateralised debt obligation*), che sono stati detenuti in portafoglio a partire dal 31 dicembre 2008. Tra le varie condizioni richieste alle banche vi sono quelle di impegnarsi ad aumentare il credito complessivamente concesso a debitori meritevoli, da relazionare mensilmente al governo, adottare pratiche di remunerazione coerenti con il codice di condotta della FSA e soddisfare i migliori *standards* internazionali di *public disclosure* relativa agli *assets* coinvolti. Non solo, dovranno garantire al Tesoro e ai suoi consulenti accesso alle informazioni utili per valutare il rischio degli *assets*. L'*Asset Purchase Facility* consiste, invece, nella possibilità della Banca Centrale – per il

²⁹⁰ I *gilts* sono titoli di stato assistiti da garanzia governativa emessi a breve, medio e lungo termine e utilizzati dal tesoro per finanziare il proprio debito. Si veda www.dmo.gov.uk/index.aspx?page=Gilts/About_Gilts.

tramite di un fondo creato ad hoc e dietro autorizzazione del Tesoro – di acquistare *assets* illiquidi delle banche che potrebbero costituire un vincolo al normale esercizio delle loro attività.

Dopo aver analizzato le misure contro la crisi di Spagna e Gran Bretagna, non si può prescindere dall'analisi delle più rilevanti modifiche nel contesto bancario attuate in Germania e Italia.

Il governo tedesco, in particolare, ha istituito un fondo (*Sonderfonds Finanzmarkt Stabilisierung – SoFFin*)²⁹¹ presso la Banca Centrale, privo di personalità giuridica, che interviene su tre fronti: garanzia sulle passività, ricapitalizzazione di istituzioni fondamentalmente sane, assunzione di rischio. Inoltre, la Germania è intervenuta nel 2009 con misure a sostegno di *assets impaired*. La garanzia si applica al debito di nuova emissione di istituzioni finanziarie e altre imprese che il governo giudica rilevanti ed è scaduta (non essendo più stata rinnovata) nel dicembre 2012. Tuttavia, la categoria di enti che possono usufruire delle misure governative è piuttosto vasta: istituti di credito, imprese di investimento, compagnie di assicurazione, fondi pensione, operatori di scambi su azioni o derivati e alcune *financial holding companies* con sede legale in Germania. L'assunzione del rischio consiste nella possibilità di scambiare *assets* rischiosi con titoli del Tesoro: gli *assets* saranno valutati al valore iscritto in bilancio (quindi maggiore di quello di mercato), mentre il tasso di interesse deve essere calcolato tenuto conto del costo governativo di protezione.

L'altra misura a tutela delle attività deteriorate ha ad oggetto la possibilità di trasferire titoli strutturati ad una SPV pubblica: in cambio la banca riceve *bonds* garantiti. In questo caso gli *assets* saranno valutati al 10% in meno

²⁹¹ Si veda il sito www.soffin.de/index.en.php. La legge istitutiva delle misure, *Finanzmarktstabilisierungsgesetz*, *FMStG*, è contenuta in www.bundesfinanzministerium.de/nr_69116/DE/BMF_Startseite/Aktuelles/Aktuelle_Gesetze/Gesetze_Verordnungen/Finanzmarktstabilisierungsgesetz/Gesetze_Verordnungen/Finanzmarktstabilisierungsgesetz_Verordnung_anla,templateId=raw,property=publicationFile.pdf, mentre il successivo regolamento è disponibile all'indirizzo www.bundesfinanzministerium.de/nr_1928/DE/BMF_Startseite/Aktuelles/Aktuelle_Gesetze/Gesetze_Verordnungen/Finanzmarktstabilisierungsfonds_Verordnung_anla,templateId=raw,property=publicationFile.pdf.

del *book value* diminuito di un'ulteriore percentuale a tutela di future perdite di valore. In questo modo il governo tedesco è andato incontro alle richieste della Commissione circa il valore economico degli *assets impaired*²⁹². La differenza tra il prezzo di trasferimento e quello definitivo dell'*asset* dovrà essere corrisposta al governo con gli utili del beneficiario dei successivi 20 anni o comunque fino al raggiungimento della somma dovuta anche in considerazione di ulteriori perdite. Come si vede, per quanto sia prevista una sorta di *burden sharing* data dall'obbligo di pagare la differenza tra il prezzo di trasferimento e quello effettivo, il ripagamento della misura allo Stato e, quindi, ai contribuenti è fissata in un lasso di tempo (20 anni) che pare eccessivamente dilatato. Inoltre, non è previsto nessun privilegio per lo Stato nel caso in cui, nello stesso periodo, dovesse verificarsi la liquidazione dell'istituto e niente è nemmeno previsto in caso di fusioni o incorporazione.

Anche quella della ricapitalizzazione è una misura di particolare interesse in questa sede. Infatti, il SoFFin può sottoscrivere qualsiasi tipo di azione, obbligazione e *silent participations* degli istituti menzionati ed è espressamente previsto che il governo possa mantenere tale partecipazioni fino al 2013 (non essendo previsto un termine massimo di dismissione della partecipazione). Si fa altresì notare che non è prevista una gerarchia nel tipo di azioni da sottoscrivere né tantomeno sono fissati criteri in base ai quali il SoFFin deve scegliere quali sottoscrivere, ciò in quanto tutte le decisioni sono rimesse alla completa discrezionalità dei gestori del fondo. Anche la possibilità di sottoscrivere *silent participations* incuriosisce non poco: si tratta di finanziamenti ibridi, che dei titoli di debito condividono il fatto di essere privi del diritto di voto, mentre delle azioni quello che devono essere rimborsati con gli utili della società. Le ulteriori peculiarità consistono nel

²⁹² Nella decisione di compatibilità la Commissione ha definito il prezzo così calcolato come “fundamental value, a theoretical fair price”. Si veda la *Decision not to raise objections* IP/09/1216 del 31 luglio 2009.

fatto che sono “anonimi”, nel senso che il nome del finanziatore non deve essere comunicato al mercato o agli azionisti e che possono non prevedere una scadenza del rimborso. In questo caso è facile notare come, in assenza di specifiche clausole, la temporaneità dell'intervento pubblico è dubbia. Ed è proprio in virtù delle considerazioni fin qui svolte che quello tedesco possa essere considerato l'intervento che, di fatto, più si discosta dalla ratio di fondo delle indicazioni europee, ossia la temporaneità, il *burden sharing* e il minor coinvolgimento possibile di *taxpayers* nelle operazioni²⁹³.

Infine, il governo italiano è intervenuto con misure che riguardano la garanzia pubblica o l'eventuale sottoscrizione di futuri aumenti di capitale di istituti fondamentalmente sani che prevedono un piano di ristrutturazione della durata minima di 36 mesi, ovvero la garanzia sulle passività di medio termine delle banche. In caso di sottoscrizione – che può avvenire solo laddove l'operazione sia economica nel suo complesso secondo una valutazione effettuata dalla Banca d'Italia – le azioni governative saranno prive di diritto di voto e potranno essere riscattate dall'istituto previa valutazione della Banca Centrale che il riscatto non comprometta la solidità patrimoniale della banca. Quest'ultima valuta anche “le politiche dei dividendi approvate dall'assemblea dell'istituto richiedente” relative ai tre anni.

E' altresì prevista la possibilità di scambiare titoli tossici con titoli posseduti dal MEF, quella di concedere la garanzia sulle operazioni di rifinanziamento sull'euromercato o sui prestiti concessi dalla Banca d'Italia in caso di *emergency liquidity assistance*, e quella di liquidare o porre in amministrazione straordinaria (come meglio si vedrà nel capitolo successivo) un istituto che sia in grave crisi, anche di liquidità, quando vi sia pregiudizio alla stabilità finanziaria.

Un'ulteriore misura riguarda la possibilità per il MEF di sottoscrivere titoli ibridi (senza diritto di voto, ma il cui rimborso dipende dall'esistenza di

²⁹³ RUSSO, *Op. Cit.*, p. 412.

utili) emessi appositamente dalle banche quotate: nella pratica comune questi titoli hanno preso il nome di Tremonti *bonds* dal nome dell'allora Ministro proponente. Le caratteristiche principali di tali *bonds*, computabili nel capitale di vigilanza, sono²⁹⁴: i) l'essere irridimibili (ovvero le banche sono obbligate a restituire il capitale), ii) essere soggetti ad un sistema di remunerazione legato ai risultati economici conseguiti²⁹⁵, iii) in caso di mancato pagamento gli interessi non sono cumulabili, iv) hanno lo stesso grado di subordinazione delle azioni in caso di perdite²⁹⁶, v) sono convertibili in azioni ordinarie a richiesta dell'emittente che può esercitare tale possibilità dopo tre anni dall'emissione, a condizione che al momento della conversione il valore di mercato delle azioni sottostanti sia almeno pari al 110 per cento del valore iniziale, vi) sono riscattabili dall'emittente a determinate condizioni e solo dietro approvazione della Banca d'Italia. Il tasso d'interesse destinato allo Stato si aggira intorno all'8%.

Peraltro, al fine di emettere tali strumenti è richiesto alle banche di sottoscrivere una convenzione ABI-MEF²⁹⁷ in cui si chiede loro di non diminuire il credito alle famiglie, alle amministrazioni pubbliche, alle PMI, di mantenere i livelli di credito concesso nell'ultimo biennio, applicando le medesime condizioni ovvero "condizioni di credito non penalizzanti" in

²⁹⁴ Puntuale chiarezza in merito a tali strumenti è stata fatta dopo la loro istituzione. A provvedere a tale lacuna normativa sono state le diverse autorità interessate: Banca d'Italia, Consob e ISVAP con un documento congiunto del luglio 2009; si veda il Documento Banca d'Italia/Consob/ISVAP, *Strumenti finanziari di cui all'art.12, concernente "Finanziamento dell'economia attraverso la sottoscrizione pubblica di obbligazioni bancarie speciali e relativi controlli parlamentari e territoriali del D.L. 185/2008"*, n.3, del 21 luglio 2009, in www.bancaditalia.it.

²⁹⁵ "In particolare, gli interessi (non cumulabili) sono corrisposti solo in presenza di utili distribuibili (e nei limiti degli stessi) e a condizione che il coefficiente patrimoniale complessivo sia superiore all'8 per cento", si veda il Documento Banca d'Italia/Consob/ISVAP, *Strumenti finanziari di cui all'art. 12*, cit.

²⁹⁶ "In particolare, essi hanno il medesimo grado di subordinazione delle azioni ordinarie sia in caso di insolvenza dell'emittente sia in continuità di imprese, qualora si verificino perdite che riducano il coefficiente patrimoniale complessivo (*total capital ratio*) al di sotto del minimo regolamentare dell'otto per cento". Si veda il Documento Banca d'Italia/Consob/ISVAP, *strumenti finanziari di cui all'art. 12*, cit.

²⁹⁷ Si legga la convenzione ABI-MEF in www.abi.it/manager?action=show_document&portalId=1&documentId=9565.

presenza di determinate condizioni e di adottare un codice etico che contenga previsioni in ordine alla remunerazione dei *managers* (“opportunità di una moderazione del livello e della dinamica delle remunerazioni dei vertici”)²⁹⁸.

Seguendo il filo logico che ha condotto questo capitolo, ossia un’analisi che dal generale (intervento della Commissione) si sposta al particolare (sua implementazione da parte degli Stati destinatari) appare necessario verificare innanzitutto se ed in cosa le Comunicazioni analizzate possano essere considerate carenti. Ebbene, a parere di scrive, ci sono due cose che paiono mancare in questi documenti: l’enunciazione espressa del principio “one time, last time” e l’assenza di meccanismi punitivi in caso di mancato pagamento della misura nei termini previsti. In particolare, stante la generale applicabilità dei principi contenuti nelle *R&R guidelines*, il *one time, last time principle* dovrebbe potersi applicare quantomeno in via interpretativa.

5. La Comunicazione della Commissione Europea del 1° agosto 2013. Il ritorno dell’interpretazione restrittiva della deroga di cui all’art. 107, par. 3, lett. b) TFUE.

Dall’inizio della crisi finanziaria, come abbiamo visto, la Commissione ha adottato sei comunicazioni, mediante le quali ha fornito orientamenti dettagliati sui criteri da applicare per valutare se gli aiuti di Stato concessi al settore finanziario durante la crisi fossero compatibili con il mercato interno ai sensi dell’articolo 107, paragrafo 3, lettera b), TFUE, che autorizza in via eccezionale gli aiuti destinati a porre rimedio a un grave turbamento dell’economia di uno Stato membro.

Nelle sue comunicazioni, la Commissione ha avuto sempre come obiettivo

²⁹⁸ Si veda la Convenzione ABI-MEF, cit. La decisione della Commissione in cui approva il piano è contenuta in *Decision not to raise objections*, IP/08/2059 del 23 dicembre 2008, in <http://ec.europa.eu/competition>.

generale la stabilità finanziaria, cercando inoltre di garantire al tempo stesso che aiuti di Stato e distorsioni della concorrenza tra banche e in tutti gli Stati membri fossero ridotti al minimo. Per limitare le distorsioni della concorrenza tra banche e in tutti gli Stati membri all'interno del mercato unico e ovviare al cosiddetto rischio morale, la Commissione ha stabilito, in un primo momento, che gli aiuti dovessero essere limitati al minimo necessario e che il beneficiario degli aiuti dovesse fornire un adeguato contributo proprio ai costi di ristrutturazione, tuttavia, successivamente, come dimostrato dalla prassi sin qui descritta, ha registrato un cambio di rotta concedendo *ad abundantiam* misure di salvataggio per le imprese in crisi.

La Commissione, nella comunicazione del 1° agosto 2013²⁹⁹, registra un importante cambiamento rispetto al 2008 quando aveva deciso di approvare tutte le misure di salvataggio in via preliminare per tutelare la stabilità del sistema finanziario. Se tale approccio ha contribuito, da un lato, a scongiurare il crollo del settore creditizio nel suo complesso, dall'altro, gli sforzi per la ristrutturazione di singoli istituti hanno spesso subito ritardi. In alcuni casi il ritardo degli interventi nell'affrontare i problemi delle banche ha dato luogo a maggiori esborsi a carico dei contribuenti. La nuova comunicazione fissa il principio in base al quale le misure di ricapitalizzazione e le misure di sostegno a fronte di attività deteriorate saranno autorizzate solo una volta approvato il piano di ristrutturazione della banca interessata.

Pertanto, si ritiene ormai abbandonato l'approccio elastico rispetto alla deroga contemplata all'art. 107, par. 3, lett. b), TFUE. *De iure condendo*, sarebbe auspicabile, da parte della Commissione, anche l'emanazione di documenti *ad hoc* che abbiano come obiettivo quello di specificare il suo

²⁹⁹ Comunicazione della Commissione europea relativa all'applicazione, dal 1° agosto 2013, delle norme in materia di aiuti di Stato alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria (GUUE 2013/C 216/01).

piano d'azione rispetto al salvataggio del settore bancario e creditizio che, come abbiamo visto, risulta ancora lacunoso e poco chiaro.

L'ultima comunicazione in commento stabilisce i necessari adeguamenti dei parametri per la compatibilità degli aiuti di Stato collegati alla crisi forniti alle banche. In particolare, la comunicazione: sostituisce quella relativa alle banche del 2008 e fornisce orientamenti sui criteri di compatibilità per il sostegno alla liquidità; adatta ed integra la comunicazione sulla ricapitalizzazione e la comunicazione sulle attività deteriorate; specifica la comunicazione sulla ristrutturazione fornendo orientamenti più dettagliati in materia di condivisione degli oneri da parte di azionisti e creditori subordinati; stabilisce il principio in base al quale non può essere concessa nessuna misura di ricapitalizzazione o di tutela degli attivi senza autorizzazione preliminare di un piano di ristrutturazione e propone una procedura per l'autorizzazione permanente di tali misure; infine, fornisce orientamenti sui requisiti di compatibilità per gli aiuti alla liquidazione.

CAPITOLO III

Aiuti di Stato, procedure concorsuali e *golden shares*: i casi Alitalia e Volkswagen. Disciplina *antitrust* e limiti all'iniziativa economica privata.

1. Il caso Alitalia: contesto normativo, cause della crisi e soluzione.

Il caso Alitalia si colloca in una difficile fase dell'economia italiana e globale rappresentando l'ennesimo, eclatante fallimento di una delle più grandi imprese nazionali, dopo quello di Cirio e Parmalat. In questi due casi, il crollo era imputabile a politiche di crescita del gruppo sbagliate che, a fronte di una redditività operativa insufficiente a sostenere l'indebitamento, hanno fatto ricorso, quasi esclusivamente, all'emissione di titoli di debito. Per Alitalia verosimilmente il crollo è dipeso da una gestione sotto più profili negligente. Tuttavia, in tutti e tre i casi, l'emersione pubblica della crisi è stata ritardata attraverso la catalizzazione di un contesto diffuso, procurato da una gestione piegata all'interesse dell'azionista di maggioranza (pubblico), nonostante il danno con ciò procurato agli interessi degli investitori privati³⁰⁰.

In particolare, con riferimento al caso Alitalia, dopo il clamoroso crack della nostra compagnia di bandiera, l'intervenuta modifica legislativa sull'amministrazione straordinaria ha consentito di assicurare la prosecuzione dell'attività imprenditoriale in crisi, tutelando *in primis* i lavoratori, a discapito della protezione della concorrenza e del mercato, autorizzando una pericolosa (poiché potenzialmente anticoncorrenziale) operazione di concentrazione delle due principali compagnie aeree, Alitalia ed Air One. I soggetti protagonisti della discussa operazione di concentrazione sono la nostra compagnia di bandiera, Air One e la società Cai. Alitalia è una società per azioni quotata in borsa, il cui controllo è

³⁰⁰ NUZZO, *Alitalia e simili: occupazione, risparmio e via italiana nella gestione delle crisi d'impresa*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2009, p. 110.

detenuto dal Ministero dell'Economia e delle Finanze che possiede il 49,9% del capitale sociale, mentre la restante parte di tale capitale è detenuto da soggetti privati. In data 29 agosto 2008 Alitalia veniva ammessa in amministrazione straordinaria e, in data 5 settembre 2008, il Tribunale di Roma ne dichiarava lo stato di insolvenza. Air One è una società attiva nel trasporto aerei di passeggeri a livello nazionale e internazionale, il capitale sociale è detenuto per il 99% dalla società Toto Costruzioni Generali. Nel novembre del 2008, il Commissario straordinario di Alitalia accetta un'offerta d'acquisto consistente nell'integrazione dei due principali operatori del mercato domestico italiano nella nuova compagnia aerea CAI, società tutta italiana il cui capitale è ripartito tra numerose persone giuridiche, avente ad oggetto l'esercizio di linee e collegamenti aerei per il trasporto di persone e cose in Italia, fra Italia e i Paesi esteri e in Paesi esteri. In ragione delle disposizioni statutarie, nessun azionista di CAI può esercitare, singolarmente o congiuntamente, un'influenza determinante sull'azienda.

In ordine al contesto normativo all'interno del quale si deve collocare la vicenda Alitalia, è bene precisare che il d.l. 28 agosto 2008, n. 134 ha riformato l'amministrazione straordinaria nel nostro ordinamento, introducendo un comma 4-*quiquies* nell'art. 4 del d.l. 347/2003, prevedendo che *“per le operazioni di concentrazione effettuate entro il 30 giugno 2009 da grandi imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali, sottoposte ad amministrazione straordinaria, è esclusa la necessità di autorizzazione da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato”*.

Per quanto la norma sia stata formulata apparentemente in modo generico riferendosi potenzialmente ad ogni operazione di concentrazione realizzata entro un determinato termine da imprese che operano nel settore dei servizi pubblici essenziali poste in amministrazione straordinaria, è evidente che a posseder le caratteristiche richieste ai fini dell'applicazione dell'art. 4, co.

4-*quinquies* fosse solo Alitalia. Ed, infatti, lo stesso decreto 134/2008 è stato ribattezzato “decreto Alitalia”, a conferma del fatto che si sia trattato di un intervento *ad hoc*, pensato per fronteggiare e gestire una situazione molto particolare, stante la delicatezza degli interessi coinvolti, pubblici e privati, il settore dei servizi interessato dalla crisi (quello del trasporto aereo), la centralità nell’economia italiana della protagonista del crack finanziario.

La disposizione incriminata è stata adottata sulla base dell’art. 25 della legge 287 del 1990 (intitolata *Norme per la tutela della concorrenza e del mercato*) che costituisce un compromesso tra una soluzione dirigistica, che avrebbe visto il Governo come arbitro unico, e una liberista, che avrebbe attribuito forti poteri all’AGCM prevedendo, ad esempio, che per rilevanti interessi generali dell’economia nazionale, il Governo possa autorizzare, eccezionalmente, operazioni di concentrazione vietate ai sensi dell’art. 6 della legge citata, attribuendo all’AGCM poteri di concreta attuazione della norma derogatoria.

La legge 287/1990 all’art. 1 definisce il suo ambito di applicazione, quale legge di attuazione dell’art. 41 della Costituzione, a tutela e garanzia del diritto di iniziativa economica. Ed invero, l’art. 41 della Costituzione sancisce la libertà di iniziativa economica privata, ponendo come limite, oltre al rispetto della sicurezza, della libertà e della dignità umana, anche l’utilità sociale. Quest’ultimo concetto, così come “i fini sociali”, sono molto vaghi e poco definiti a tal punto che la stessa Consulta ha tentato più volte di farvi luce nelle sue pronunce.

Al riguardo, già in una decisione del 1982, la Corte costituzionale poneva l’accento sul fatto che la libertà di concorrenza dovrebbe, da un lato, integrare la libertà di iniziativa economica spettante nella stessa misura a tutti gli imprenditori e, dall’altro, proteggere la collettività, garantendo

prodotti di qualità a prezzi concorrenziali³⁰¹. Poiché l'autonomia privata e la concorrenza non ricevono dall'ordinamento "una protezione assoluta"³⁰², occorre ponderare i valori in gioco, bilanciando le esigenze di utilità sociale con la concorrenza attraverso misure che non siano palesemente incongrue³⁰³, anche con riferimento al carattere temporalmente limitato delle stesse³⁰⁴. La necessità che dette misure siano ragionevoli e non realizzino un'ingiustificata disparità di trattamento rende chiara la correlazione tra gli artt. 3 e 41 della Costituzione e, pertanto, diviene particolarmente delicato e complesso bilanciare la libertà di concorrenza e l'utilità sociale che ne consentirebbe una limitazione³⁰⁵.

La legge 287/1990 sembra evidenziare alcuni di tali limiti, definendoli in misura più nitida.

Conseguentemente, si comprende, con riferimento al caso Alitalia, la delicatezza degli interessi in gioco e le difficoltà di armonizzare il sistema introdotto dall'art. 4 , co. 4-*quinquies* che priva l'AGCM del suo potere autorizzatorio, con il contenuto normativo dell'art. 41 Cost. e con i principi della concorrenza e del libero mercato, a livello nazionale e comunitario.

Sorgono spontanei, ad avviso di chi scrive, alcuni interrogativi: la Costituzione impone uno specifico modello di economia? Fino a che punto l'economia dipende dal sistema della carta costituzionale? Che tipo di incidenza hanno le pronunce e gli orientamenti della Corte di giustizia, paladina del sistema del libero mercato e della concorrenza tra gli Stati membri?

Ciò posto, dunque, appare necessario contestualizzare il caso Alitalia anche in una dimensione europea, alla luce delle posizioni espresse negli anni

³⁰¹ Sentenza della Corte costituzionale n. 223 del 1983, in *Foro it.*, 1983, I, p. 12.

³⁰² Sentenza della Corte costituzionale n. 279 del 2006, in *Foro it.*, 2007, I, p. 1066.

³⁰³ Sentenza della Corte costituzionale n. 152 del 2010, in *Foro it.*, 2010, I, p. 1681.

³⁰⁴ Sentenza della Corte costituzionale n. 94 del 2009, in *Giur. Costit.*, 2009, p. 833.

³⁰⁵ SPUNTARELLI, *Poteri pubblici e costituzione dell'economia nel "singolare" caso Alitalia*, in *Foro amm. Tar*, 2009, p. 1444.

dalla Corte di giustizia e dalla Commissione su casi analoghi, nonché con riferimento alla nostra compagnia di bandiera.

Con l'introduzione della disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi in stato di insolvenza³⁰⁶, sono stati sollevati parecchi dubbi sulla compatibilità della normativa nazionale con la legislazione sugli aiuti di Stato contenuta negli artt. 107 ss TFUE, confermati dalle pronunce della Corte di giustizia e della Commissione.

Infatti, la Corte europea nelle pronunce *Ecotrade e Piaggio*³⁰⁷, ha espresso la propria posizione sulla summenzionata procedura, ritenendo che si fosse in presenza di un aiuto di Stato vietato se un'impresa fosse autorizzata a continuare la sua attività economica in circostanze in cui una tale eventualità sarebbe stata esclusa nell'ambito dell'applicazione delle regole normalmente vigenti in materia di fallimento. La normativa sull'amministrazione straordinaria, secondo la Corte, non integra di per sé un aiuto di Stato vietato, situazione che si verifica solo se l'ammissione in amministrazione straordinaria e la continuità dell'attività economica dell'impresa abbiano effettivamente comportato oneri supplementari per lo Stato (per esempio nell'ipotesi in cui lo Stato stesso o altri enti pubblici figurino quali principali creditori di un'impresa in crisi).

Tuttavia, la valutazione in concreto spetta al giudice nazionale, chiamato ad analizzare gli effetti pratici conseguenti all'ammissione in amministrazione straordinaria, confrontandoli con quelli che si sarebbero avuti nel caso di applicazione della ordinaria disciplina sul fallimento.

L'interesse della Commissione è stato e resta costantemente acceso nei confronti della “*dolorosa istoria*” della nostra compagnia di bandiera³⁰⁸: tra aiuti al salvataggio e aiuti alla ristrutturazione, dal 1997 ad oggi, l'Europa si

³⁰⁶ D.l. 30 gennaio 1979, n. 26, convertito con modifiche nella legge 3 aprile 1979, n. 95 (cosiddetta “legge Prodi”).

³⁰⁷ *Ecotrade c. Altiforni e Ferriere di sevola*, C-200/97, 1 dicembre 1998, in *Racc.*, I, p. 7907; *Rinaldo Piaggio c. Ifitalia*, C-295/97, 17 giugno 1999, in *Racc.*, I, p. 3735.

³⁰⁸ OSTI, *Alitalia: la dolorosa istoria*, in *Mercato concorrenza regole*, 2008, p. 317 ss.

è più volte espressa sulla compatibilità delle politiche di finanziamento della nostra compagnia di bandiera con la disciplina comunitaria degli aiuti di Stato.

In materia di sovvenzioni di Stato, la Commissione ha riassunto la propria posizione negli *Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà*, del 1 ottobre 2004 e, per quanto concerne il settore dell'aviazione civile, negli *Orientamenti comunitari sull'applicazione degli artt. 92 e 93 del Trattato CE e dell'art. 61 dell'accordo SEE agli aiuti di Stato nel settore dell'aviazione*, del 10 dicembre 1994.

Secondo la Commissione, gli aiuti per il salvataggio sono una *forma di assistenza temporanea e reversibile*. La finalità precipua di tali aiuti è quella di mantenere in attività un'impresa in difficoltà, nel periodo necessario ad elaborare un piano di ristrutturazione. In particolare, gli aiuti per la ristrutturazione si basano sull'esistenza di un piano di ristrutturazione consistente nella riorganizzazione delle attività produttive, nella redistribuzione delle risorse di produzione e nell'abbandono delle attività non più redditizie, purché l'accordo sia chiaramente diretto ad eliminare le cause che hanno prodotto la crisi e non solo a fornire una temporanea integrazione delle perdite registrate. Ad ogni modo, la Commissione conferma il carattere assolutamente eccezionale degli aiuti alla ristrutturazione, ciascuno dei quali potrà essere concesso una volta sola e solo dopo che siano trascorsi almeno dieci anni dalla concessione, ovvero dalla fine della ristrutturazione.

Orbene, il finanziamento concesso alla nostra compagnia di bandiera nell'aprile del 2008, nell'ambito del crack finanziario che ha interessato anche Alitalia, è un prestito "ponte" giuridicamente qualificato dalla Commissione come aiuto alla ristrutturazione, ritenuto illegale e, pertanto,

da recuperare entro quattro mesi dalla notifica della decisione³⁰⁹. Al paragrafo 16 della decisione, si afferma che il Governo, concedendo il suddetto prestito, non si sarebbe comportato “*come un azionista avveduto che persegue una politica generale o settoriale, poiché guidato da prospettive di redditività dei capitali investiti a più lungo termine rispetto a quelle di un investitore comune*”; inoltre, al paragrafo successivo, si legge che l’aiuto dava ad Alitalia “*un vantaggio economico che non avrebbe avuto in normali condizioni di mercato*”. In ogni caso, la nostra compagnia di bandiera aveva già beneficiato di aiuti per il salvataggio e per la ristrutturazione³¹⁰.

Secondo la Commissione, il problema concorrenziale degli aiuti alle imprese in difficoltà, con particolare riferimento agli aiuti di ristrutturazione, sta nel fatto che questi possono creare una disparità di trattamento rispetto ad altri produttori che riescono ad operare senza aiuti, nonché rispetto ad altri Stati membri, con un grave danno alla concorrenza. In dottrina, si è sostenuto che la tutela della concorrenza, pregiudicata da tale aiuti, non vada inquadrata nell’ambito della disciplina *antitrust* (in cui il fatto che un operatore del mercato possa non gradire l’azione di un concorrente è segno che la concorrenza funziona), ma la disciplina di riferimento sarebbe quella della concorrenza sleale. In altri termini, l’impresa in difficoltà che beneficia di sovvenzioni statali, da una parte, e lo Stato che sussidia tale impresa, dall’altra, commettono un atto di concorrenza sleale se l’aiuto concesso non è distribuito in maniera efficiente, se la crisi non viene sanata attraverso la “mano invisibile” del mercato, mantenendo così in vita un’impresa che, senza aiuti, sarebbe

³⁰⁹ Decisione della Commissione n. C26/08 del 12 novembre 2008.

³¹⁰ BONINI, *Caso Alitalia: ricostruzione della vicenda alla luce della disciplina comunitaria sugli aiuti di Stato e sul mercato comune*, in *Rivista it. Diritto pubblico comunitario*, 2009, p. 787.

naturalmente uscita dalle dinamiche concorrenziali e, quindi, dal mercato³¹¹.

Nel caso Alitalia, i concorrenti slealmente toccati dall'azione della nostra compagnia di bandiera sarebbero Air One, all'interno del mercato nazionale, Air France, British Airways, nel mercato internazionale. Tuttavia, per diversi motivi, nessuno di questi soggetti può dirsi realmente danneggiato dall'operazione di risanamento Alitalia: nello specifico, le citate compagnie straniere rivestono sui rispettivi mercati nazionali una posizione molto più forte e stabilmente preponderante rispetto a quella che Alitalia ha nel mercato nazionale.

La posizione appena citata nel mettere fortemente in discussione l'opportunità e l'utilità di interventi della Commissione sulle operazioni di risanamento di una grande compagnia di bandiera, probabilmente risente, ad avviso di chi scrive, delle sfiducia nelle istituzioni comunitarie (ed, infatti, l'autore scrive a distanza di breve tempo dalla bocciatura della Costituzione europea da parte di Francia, Olanda e Irlanda), soffermandosi sull'effettiva assenza di legittimazione politica della Commissione e auspicando la creazione di una politica economica federale.

2. (segue) Dal provvedimento dell'AGCM alla Corte costituzionale.

A seguito della fallita trattativa con Air France, il Piano Fenice proposto dal gruppo CAI per salvare la nostra compagnia di bandiera e consistente, come accennato, nella realizzazione di un'operazione di concentrazione tra Alitalia e Air One, al prezzo di acquisto di 400 milioni di euro per la sola *good company*, viene notificato all'AGCM ex art. 4, co. 4-*quinquies* del d.l. 134/08. Tale ultima disposizione, in attuazione dell'art. 25 della legge 287/90, sottrae all'Autorità Garante il controllo preventivo sulle operazioni di concentrazione, all'esito di un'attività istruttoria, ordinariamente attribuite dall'art. 16 della legge citata, per valutare se vi sia il rischio

³¹¹ OSTI, *Op. cit.*, p. 320 ss.

concreto di costituzione, rafforzamento o abuso di una posizione dominante sul mercato tale da ridurre o falsare la concorrenza.

Al riguardo, è opportuno ricordare che l'Autorità dispone, di regola, di ampi poteri discrezionali al fine di compiere una valutazione in prospettiva di potenziali rischi anticoncorrenziali di una determinata operazione. All'esito dell'istruttoria, l'AGCM emette un provvedimento con cui vieta una concentrazione considerata anticoncorrenziale oppure la autorizza prescrivendo le misure comportamentali del caso. Tale normativa nazionale si applica se e fintantoché il rischio di attività anticoncorrenziali sia circoscritto a livello nazionale; infatti, nel caso di ripercussioni transfrontaliere sulla concorrenza entra in gioco la disciplina comunitaria sulle intese e abusi di posizione dominante (artt. 101 e 102 TFUE).

Invocando l'esistenza dei *rilevanti interessi generali dell'economia nazionale*, richiamati dall'art. 25 della l. 287/90, il Legislatore italiano ha ritenuto che le operazioni di concentrazione previste nel Piano Fenice potessero legittimamente comprimere il potere di valutazione attribuito all'AGCM dalla normativa *antitrust*.

Pertanto, in esecuzione della procedura introdotta dall'art. 4, comma 4-*quinquies*, l'operazione di concentrazione Alitalia – Air One veniva notificata all'AGCM che, privata dei poteri autorizzatori, poteva unicamente disporre un'integrazione delle misure già previste dal Piano Fenice al fine di ridurre gli effetti anticoncorrenziali a danno dei consumatori, fissando altresì un termine (non inferiore a tre anni) entro il quale le operazioni di monopolio eventualmente determinate sarebbero dovute cessare.

Inoltre, a seguito della notificazione dell'operazione, l'Autorità, con provvedimento n. 19248 del 2009³¹², preso atto del numero e delle modalità dell'operazione, disponeva precise misure comportamentali da osservarsi fino al 31 dicembre 2011, termine massimo entro il quale si sarebbero

³¹² Pubblicato sul Bollettino n. 46 del 12 gennaio 2009.

dovuti verificare gli effetti della concentrazione sugli equilibri di mercato, indicando un ulteriore termine entro il quale rimuoverli. In primo luogo, accoglieva la misura proposta dalla stessa CAI in ordine all'impegno a garantire su tutte le rotte piena ed ampia copertura del proprio programma di fidelizzazione *frequent flyer*. Inoltre, disponeva misure volte a limitare l'esercizio del potere di mercato della nuova compagnia aerea, tra cui: il mantenimento di un'articolazione dei listini che assicurasse ampia copertura rispetto a tutti i segmenti di mercato e tale da garantire su ogni volo la disponibilità di almeno il 10% dei biglietti alla tariffa *economy*; la garanzia del pagamento di un adeguato indennizzo in caso di cancellazione del volo oppure nell'ipotesi di ritardo prolungato del volo. Infine, prevedeva un programma di trasparenza e gratuita informazione ed assistenza, attivando un numero verde gratuito. Il potere dell'AGCM, quindi, è limitato alla previsione di misure che limitino i danni all'operazione per i consumatori, senza alcuna possibilità di disporre misure a tutela delle imprese concorrenti.

Dalla descrizione della procedura introdotta dal discusso art. 4. Comma 4-*quinquies*, risulta *in primis* opinabile e discutibile la scelta di attribuire all'AGCM poteri limitati alla disposizione di misure di integrazione meramente comportamentali e non anche strutturali quali, ad esempio, la cessione di rami d'azienda che sarebbero senz'altro più efficienti al fine di eliminare effetti anticoncorrenziali dannosi dell'operazione. Per quanto concerne, invece, le eventuali posizioni di monopolio derivanti dalla concentrazione, che dovessero persistere alla scadenza del termine minimo di tre anni previsto dalla norma, non è chiaro se l'AGCM abbia o meno i poteri necessari a limitare il potere di mercato dell'impresa in posizione dominate³¹³.

³¹³ OLIVERI – PEZZOLI, *L'antitrust e le sirene della crisi*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2009, p. 128.

Inoltre, nonostante l'AGCM, nel provvedimento citato, neghi che l'operazione abbia dimensioni comunitarie, al fine del controllo sulle operazioni di concentrazione, motivando tale affermazione in ragione della natura dei soggetti coinvolti (Alitalia e Air One) viene comunque naturale riflettere sui problemi di conciliazione tra l'esigenza di salvare un'impresa in crisi e il rispetto della normativa *antitrust*, nazionale e comunitaria.

Le Autorità *antitrust*, per valutare gli effetti di una concentrazione sui mercati interessati, hanno spesso fatto riferimento alla nozione di *failing firm defence*, ovvero "concentrazione di salvataggio". Si tratta di una teoria elaborata dalla giurisprudenza nord-americana ed utilizzato per la prima volta dalla Commissione europea all'inizio degli anni '90 nel caso *Kali und Salz*³¹⁴, in cui viene precisato che un'operazione non debba essere vietata ogni qual volta il deterioramento della struttura competitiva risultante dalla concentrazione si sarebbe verificato comunque, anche a prescindere dalla realizzazione della concentrazione, a seguito del fallimento dell'impresa oggetto di acquisizione e della sua uscita dal mercato. Ogni concentrazione presuppone l'esistenza di un nesso di causalità diretta tra l'operazione sottoposta al vaglio dell'Autorità e le modifiche strutturali del mercato che da essa derivino e deve essere vietata se e soltanto se si ritenga altamente probabile che sia la causa efficiente delle variazioni del mercato che altrimenti non si sarebbero verificate.

Qualora un'impresa versi in uno stato di crisi irreversibile, tale da determinare a breve l'uscita dal mercato, se non vi sono soluzioni alternative ad un'operazione di concentrazione per evitarne l'uscita, allora la creazione di una posizione dominante rappresenta la soluzione più efficiente per il mercato. In tal senso ha deciso la Corte nel caso *Newscorp/Telepiù*³¹⁵, autorizzando, nel rispetto di stringenti misure di

³¹⁴ Commissione europea, 14 dicembre 1993, M.308, *Kali und Salz/MdK/Treuhand*, in G.U.C.E., L 186 del 21/7/1994.

³¹⁵ Commissione europea, 10 maggio 2007, M.4381, *JCI/VB/FIAMM*. Disponibile sul sito: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decision/m2876_en.pdf.

natura comportamentale e strutturale, la concentrazione tra Telepiù e Stream, consentendo la costituzione di Sky, in posizione di sostanziale monopolio nel mercato italiano delle *pay-tv*. Accanto a questo strumento, nella legislazione dell'Unione europea e in diverse legislazioni nazionali, sono contemplati meccanismi che intendono far fronte a situazioni particolari, mettendo in secondo piano il ruolo delle autorità stesse.

A livello comunitario, in materia di concentrazioni bancarie, il Governo britannico ha autorizzato una concentrazione tra i *Lloyds* e *HBOS*³¹⁶, nonostante i vizi concorrenziali insiti nell'operazione, al fine di salvare l'impresa acquisita da un ormai inevitabile fallimento.

Il diritto *antitrust* sia esso comunitario o nazionale, se correttamente applicato, contiene tutti gli strumenti atti a consentire un'adeguata valutazione della crisi d'impresa ed a evitare che operazioni di concentrazione con finalità di salvataggio comportino restrizioni non giustificate della concorrenza a danno dei consumatori³¹⁷.

Ciò posto, ci si chiede se il Legislatore italiano con la scelta normativa dell'intervento *ad hoc* per il caso Alitalia, abbia fatto un uso opportuno ed efficiente degli strumenti del diritto nazionale antitrust fornitigli dalla legge 287/90.

A questo punto diventa fondamentale la trattazione, sebbene breve, dell'iter dei ricorsi presentati al Tar del Lazio da Federconsumatori, Meridiana ed Eurofly aventi ad oggetto proprio l'illegittimità del provvedimento dell'AGCM. In particolare, con tali ricorsi si chiede l'annullamento, per contrarietà dell'art.4, co. 4-*quinquies* agli artt. 3, 41 e 117 Cost., nonché per la violazione degli artt. 81, 82, 86 TFUE. I ricorrenti deducevano, nel caso di specie, che il congelamento dei poteri dell'Autorità Garante violasse le norme costituzionali e comunitarie indicate. Il Tar del Lazio analizza

³¹⁶ Commissione europea, 31 ottobre 2008, disponibile sul sito www.berr.gov.uk/file48745.pdf.

³¹⁷ OLIVIERI – PEZZOLI, *op. cit.*, p. 150.

dapprima la presunta contrarietà della normativa alle disposizioni del Trattato CE, escludendo la violazione dell'art. 81 TCE, in quanto non pertinente al caso in esame, in considerazione del fatto che la norma ha ad oggetto le intese e gli accordi tra imprese che abbiano come effetto quello di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato. Parimenti, secondo il Tar del Lazio, non sussiste violazione dell'art. 82 TCE che sanziona l'abuso di posizione dominante, poiché la normativa italiana, investita da questione di incostituzionalità, non deroga a quella comunitaria, ma ne fa espressamente salvi gli effetti. In conclusione, un rafforzamento di posizione dominante non equivale necessariamente ad un abuso.

Secondo il Tar del Lazio, inoltre, la normativa nazionale non inibisce in assoluto i controlli a tutela della concorrenza e del mercato, ma ne disciplina transitoriamente il loro esercizio con modalità diverse, escludendo l'esigenza di un'autorizzazione preventiva all'operazione da parte dell'AGCM. Resta ferma, infatti, l'applicazione degli artt. 2 e 3 della l. 287/90, né può ritenersi contraria all'art. 86 TCE, il quale non esclude che gli Stati membri possano riconoscere diritti speciali, purché giustificati dall'esigenza di tutela di interessi nazionali e a patto che non si crei contrasto con i principi del Trattato CE.

Per quanto riguarda, invece, la contrarietà dell'art. 4, co. 4-*quinquies* alla Costituzione, il Tar del Lazio osserva, con specifico riferimento all'art. 3 Cost., che la norma in esame rappresenta un tipico caso di legge provvedimento, poiché, pur avendo un contenuto specifico e completo, è potenzialmente diretta ad un numero indefinito di soggetti. La Corte costituzionale ha più volte chiarito che non è precluso alla legge ordinaria di disciplinare materie normalmente affidate all'Autorità amministrativa, non sussistendo un divieto codificato di adozione di leggi a contenuto particolare e concreto né, tantomeno, una riserva di amministrazione.

Tuttavia, l'adozione del principio di uguaglianza (sancito all'art. 3 della nostra Costituzione) richiede l'adozione, con rigore, della ragionevolezza tutte le volte in cui il legislatore faccia ricorso alla legge provvedimento, peraltro motivando e descrivendo i criteri ai quali sono ispirate le scelte e le relative modalità di attuazione per evitare delle discriminazioni arbitrarie. Nel caso di specie, per quanto la disposizione non si sostituisca al provvedimento amministrativo, che viceversa viene adottato dall'AGCM, il Legislatore ne esaurisce i margini di discrezionalità.

L'art. 4, co. 4-*quinquies* stabilisce che le operazioni di concentrazione *de quibus* rispondono a non meglio precisati "*preminenti interessi generali*" e sono escluse dall'obbligo di autorizzazione preventiva dell'AGCM. Secondo il Tar Lazio, tale previsione non rispetta l'art. 3 della Costituzione poiché non spiega quali siano i valori costituzionali perseguiti che, in ottica di bilanciamento, possano giustificare il sacrificio di altro valore costituzionale che è la libertà di concorrenza tutelata dall'art. 41 Cost. Inoltre, la norma non dà conto di quali siano tali preminenti interessi generali, né del perché debbano prevalere sulla libertà di concorrenza. Del resto, il fatto che si tratti di servizi pubblici essenziali non giustifica di per sé la deroga alla disciplina ordinaria in materia di controllo sulle concentrazioni poiché non si comprende, scrive il Tar, "perché tale risultato debba essere perseguito attraverso una norma discriminatoria per gli altri operatori del settore aereo che forniscono lo stesso servizio pubblico essenziale e lesiva del principio di tutela della libertà di concorrenza" (ord. 682/09). Precisa ancora il Tar Lazio che l'art. 3 ponendosi in aperto contrasto con la disciplina prevista dalla l. 287/90, viola l'art. 41 Cost. di cui la legge nazionale rappresenta l'attuazione.

Pertanto, il giudice amministrativo rinvia la questione al giudice di legittimità paventando la violazione degli artt. 3 e 41 della Costituzione: "a fronte dell'utilizzo della legge singolare che incide sull'oggetto 'economia' in modo anticoncorrenziale, da altri denominata 'legge fotografia', la Corte

costituzionale ha il compito di sindacarne la legittimità e di annullarla per violazione dei principi costituzionali *antitrust*, analogamente a quanto fa il giudice amministrativo nell'ipotesi in cui annulla per violazione del principio di concorrenza i bandi-fotografia volti ad individuare uno specifico concorrente come vincitore”³¹⁸.

La Corte costituzionale, investita della questione, con sentenza del 22 luglio 2010, n. 270³¹⁹, ha statuito nel senso dell'infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, co. 4-*quinquies*, non integrandosi alcuna violazione degli artt. 3 e 41 Cost.

In merito alla natura di legge provvedimento della disposizione impugnata e la conseguente violazione dell'art. 3 Cost., la Corte osserva che, per quanto non vi siano dubbi sulla natura provvedimentale della norma, il Legislatore non sarebbe tenuto ad una motivazione in senso tecnico dei motivi che lo hanno indotto ad adottare una legge-provvedimento, non essendo la motivazione componente identificativa dello strumento legislativo, ma è sufficiente che gli interessi oggetto di tutela e la *ratio* della norma siano desumibili dalla norma stessa, anche in via interpretativa, in base agli ordinari strumenti ermeneutici.

I concetti di “utilità sociale” e “fine sociale”, richiamati dall'art. 41 Cost., che giustificano una limitazione del principio della libertà di concorrenza, non devono necessariamente risultare da ragioni contenute in dichiarazioni espresse del Legislatore. Il giudizio in ordine all'utilità sociale, alla quale la Costituzione condiziona la possibilità di incidere sui diritti dell'iniziativa economica privata, concerne solo la rilevabilità dell'intento legislativo di perseguire quel fine e la generica idoneità dei mezzi predisposti per raggiungerlo. Tali concetti devono essere bilanciati con la libertà di iniziativa economica: a tal fine, si demanda all'AGCM “una valutazione

³¹⁸ SPUNTARELLI, *Poteri pubblici e costituzione dell'economia nel “singolare” caso Alitalia*, in *Foro amm. Tar*, 2009, p. 1455.

³¹⁹ *Foro it.*, 2010, I, 2901, con nota di PALMIERI – PARDOLESI.

prevalentemente economica, che resta coerente con la natura tecnica e indipendente dell'Autorità, in quanto limitata alla verifica del perseguimento dei cosiddetti obiettivi economici del mercato, in particolare del suo assetto concorrenziale”.

Tuttavia, nel caso in esame, osserva la Corte, entrano in gioco interessi che vengono valutati alla luce di principi comunitari espressi nel Regolamento del 20 gennaio 2004, n. 139/04 (*Regolamento Comunitario sulle concentrazioni*), il quale consente all'interprete nazionale di valutare la convenienza e l'efficienza di una concentrazione per il mercato nazionale. Inoltre, il criterio di valutazione fondato sul test di efficienza “*è che i consumatori non devono ritrovarsi in una situazione peggiore a seguito della concentrazione*”, “*a tal fine, i miglioramenti di efficienza devono essere considerevoli e tempestivi e, in linea di principio, apportare dei vantaggi ai consumatori in quei mercati rilevanti nei quali sarebbero altrimenti probabili problemi sotto il profilo della concorrenza*” (*Orientamenti della Commissione del 1 ottobre 2004, paragrafo 79*).

Pertanto, secondo la Corte, l'art. 4, co. 4-*quinqües* realizzerebbe il contemperamento di interessi tra la libertà di iniziativa economica e l'utilità generale, giustificando la compressione della prima attraverso il ricorso ai preminenti interessi generali, non peccando di ragionevolezza la disposizione per diversi motivi: innanzitutto in quanto inserita in un decreto legge che per sua stessa natura presuppone un'urgenza e una necessità di provvedere, inoltre, tale urgenza è rappresentata dalla crisi di un'impresa (l'Alitalia) operante nel settore dei servizi pubblici essenziali; a ciò si aggiunga che l'operazione è temporalmente limitata. La norma impugnata, infine, fa salvi gli artt. 2 e 3 della l. 287/90. In ragione di tali presupposti, la Corte costituzionale ritiene fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, co. 4-*quinqües*, adducendo quale giustificazione principale, in grado di garantire la compatibilità della norma con il trattato costituzionale, la clausola dell'utilità sociale.

Alla luce di questo discutibile verdetto, che di fatto ha dato il via libera ad una sorta di “*merger to monopoly*”, senza nemmeno valutare l’opportunità di contromisure adeguate, si ritiene possibile formulare alcune considerazioni critiche³²⁰, sia in ordine alla vicenda in cui il Legislatore è intervenuto, sia in ordine allo stato in cui versa la disciplina sulla concorrenza che, per quanto concerne il sistema italiano, è dichiaratamente uno strumento attuativo dell’art. 41 Cost.

Una prima valutazione critica può essere formulata in riferimento al ragionamento che la Corte sviluppa sulla legittimità della forma regolamentare prescelta dal Legislatore – una legge provvedimento – per introdurre la disciplina. In particolare, sembrerebbe quasi che la Consulta rinvenga nella decretazione d’urgenza e nel carattere temporalmente limitato della sua portata applicativa la prova e la giustificazione della ragionevolezza della stessa. In altri termini, sarebbero quasi i mezzi a giustificare il fine poiché la legittimità e l’inevitabilità della forma provvedimentale prescelta giustificerebbero, secondo la Corte, il contenuto così introdotto. A tale ragionamento si può senz’altro obiettare che oggetto di contestazione non è la legittimità della forma normativa prescelta, quanto i contenuti che la legge provvedimento introduce nel nostro ordinamento, la legittimità dei quali non può discendere tautologicamente dal tipo di fonte adoperata.

Un secondo ordine di critiche riguarda le argomentazioni della Consulta relative all’individuazione degli “altri interessi” costituzionalmente rilevanti, tali da giustificare una limitazione della concorrenza, per ragioni di utilità sociale. In particolare, secondo la Corte una prima giustificazione a tale compressione si è rinvenuta nella tutela occupazionale, nonché nella necessità di garantire l’integrità di un servizio pubblico essenziale, quale il

³²⁰ Tra i contributi più recenti: STECCHETTI, *Il ventennale dell’Antitrust e la Corte costituzionale*, in *Mercato concorrenza regole*, 2010, p. 459 ss.; FILIPPI, *Amministrazione straordinaria Alitalia: la deroga al divieto di concentrazione e l’utilità sociale del salvataggio*, in *Il fallimento*, 2011, p. 145.

servizio di trasporto aereo fornito da Alitalia. In realtà, il fine della tutela occupazionale, dedotto quale giustificazione dell'operazione, è stato ampiamente disatteso dalla Nuova Alitalia che ha preferito, contrariamente alle aspettative, far uso dell'*out sourcing*, non reintegrando i dipendenti in cassa integrazione.

Il fatto che l'attività svolta da Alitalia possa essere annoverata tra i servizi pubblici essenziali, ad avviso di scrive, non è una giustificazione valida, posto che tale qualificazione sarebbe stata corretta solo se la Nuova Alitalia fosse stato l'unico vettore aereo in grado di effettuare il trasporto dei passeggeri nel nostro paese. Così non è: le concorrenti di Alitalia sono state danneggiate dalla posizione di monopolio di CAI che offre il servizio in modo esclusivo sulla maggior parte delle rotte nazionali.

La Corte costituzionale ha poi osservato come l'operazione di concentrazione non fosse illegittima sulla base dell'ulteriore considerazione che l'impugnata normativa nazionale che l'ha consentita abbia trovato riscontro non solo nelle legislazione di diversi Stati membri, ma anche nella disciplina comunitaria (Reg. 139/04), non eliminando, peraltro, il controllo dell'AGCM, collocandolo in un momento successivo. Non è difficile ribattere, a tal proposito, che la stessa natura della normativa *antitrust* è di tipo preventivo e la finalità è quella di impedire, ad esempio, che si creino posizioni dominanti, difficile da rimuovere.

Inoltre, risulta poco convincente la rassicurazione della tutela dei consumatori che la stessa normativa impugnata garantirebbe, secondo la Corte, attraverso misure comportamentali imposte a CAI dall'AGCM.

Dei tanti interessi invocati dalla Corte a giustificazione della compressione della libertà di iniziativa economica, attraverso un'operazione di bilanciamento, sembrerebbe non restare che un interesse privato, quello degli investitori italiani di CAI. Il salvataggio di Alitalia ovvero il salvataggio ad ogni costo dell'italianità della nostra compagnia di bandiera

(com'è stato da latrì sostenuto³²¹), si è risolto in un disperato tentativo di salvarne l'integrità e di dare l'illusione che la stessa continuasse ad esistere; in realtà, "Alitalia è morta e defunta con la dichiarazione di insolvenza, mentre una nuova società, che della vecchia Alitalia è destinata ad assumere il nome, ha proseguito o ripreso una parte delle sue attività"³²². Si è preferito svendere Alitalia ad una società italiana, disposta tra l'altro ad acquistare solo la *good company*, piuttosto che accettare la lauta offerta di Air France, disposta ad offrire un prezzo di gran lunga superiore, rispetto a quello proposto da CAI, acquistando anche la *bad company*.

Ad avviso di chi scrive, la circostanza che molte legislazioni nazionali prevedano meccanismi eccezionali per gestire gravi crisi economico-finanziarie interne, autorizzando operazioni di concentrazione che incidano su interessi di rilievo generale, poteva più correttamente essere inteso, dal Legislatore prima e dalla Consulta poi, nel senso che fosse doveroso sperimentare *in primis* le valvole di sfogo disponibili nell'ordinamento interno, nel rispetto di valori concorrenziali in gioco, evidentemente sacrificati. Guardando gli scenari di altri Paesi europei, non può non osservarsi come, ad esempio, la Germania abbia attribuito al proprio Governo il potere di annullare le decisioni dell'Autorità garante nazionale che abbia bloccato un'operazione di concentrazione ritenuta lesiva per la concorrenza, giustificando tale sacrificio degli equilibri di mercato con l'esigenza di tutela di un interesse pubblico, altrimenti non tutelabile. Non diversamente il Legislatore irlandese ha approvato, nell'ottobre 2008, una normativa di emergenza, attribuendo al Ministro della Finanza il potere di autorizzare operazioni di concentrazione potenzialmente pericolose per la concorrenza, sulla base della necessità di tutelare la stabilità finanziaria del Paese. Infine, nel Regno Unito, l'*Enterprise Act 2002*, entrato in vigore a

³²¹ STECCHETTI, *Law cost: ripercussioni della legge "salva Alitalia"*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2008, p. 513.

³²² ANTONINI, *Il caso Alitalia: salvataggio o fallimento?*, in *Diritto dei trasporti*, 2009, p. 121.

partire da giugno 2003, ha previsto accanto all'ordinario sistema del doppio controllo sulle concentrazioni "pericolose" da parte dell'OFT (*Office of Fair Trading*) e della CC (*Competition Commission*), ambedue Autorità garanti politicamente indipendenti, anche il potere del Segretario di Stato di intervenire risolutivamente.

Ciò posto, sebbene i citati interventi normativi degli Stati membri (considerati peraltro dalla Corte costituzionale quali conferme della "non eccezionalità" del caso Alitalia in relazione ad un più ampio scenario europeo) rappresentano la risposta dei governi europei alla crisi economico-finanziaria degli ultimi anni, alla luce di quanto sin qui esposto, le vicende che hanno interessato la nostra compagnia di bandiera sono da considerarsi non prive di gravi e paradossali incongruenze. In altri termini, pur di salvare l'italianità di Alitalia, che ben venga anche la creazione di una posizione monopolistica o l'abuso di posizione dominante: per fronteggiare la crisi della compagnia di bandiera si sacrifica il libero mercato con l'illusione che, a crisi superata, le distorsioni causate dall'operazione potranno essere rimosse senza alcuna violazione duratura per il mercato. Come non si sa.

3. La Legge Volkswagen: possibile giustificazione in nome di interessi generali.

Lo scopo di questo paragrafo è quello di mettere in luce le differenti conclusioni a cui la Commissione è pervenuta nel caso Volkswagen rispetto alla vicenda italiana che ha interessato l'Alitalia. Si tratta di due casi che sebbene presentino apparentemente profili diversi, in realtà sono assimilabili per ciò che concerne l'importanza sociale ed economica che hanno nei rispettivi paesi di appartenenza e gli incentivi, sotto forma di sovvenzioni, di cui hanno beneficiato da parte del Governo italiano e tedesco.

La sentenza "Volkswagen" della Corte di giustizia è molto di più di una delle decisioni su una delle libertà comunitarie. La Corte, infatti, affronta la

legge che nel 1960 disciplinò la società per azioni Volkswagen³²³, risorta come l'Araba Fenice dalla distruzione della seconda guerra mondiale sotto forma di società a responsabilità limitata di diritto singolare senza un vero proprietario e successivamente trasformata in s.p.a. con una legge *ad hoc*.

La sentenza oggetto del presente paragrafo, inoltre, potrebbe avere importanti ripercussioni e ridefinire il rapporto tra diritto comunitario e i diritti societari nazionali. Si ritiene necessario all'uopo illustrare innanzitutto il procedimento che ha condotto alla sentenza e le questioni sottoposte alla Corte, ciò anche al fine di comprendere, come dicevamo, l'attinenza con il caso Alitalia precedentemente illustrato.

Orbene, la Commissione nel marzo 2003 iniziò una procedura contro la Repubblica Federale di Germania per violazione del Trattato; in seguito alla replica del Governo tedesco e alla mancata ottemperanza, da parte di questo, al "parere motivato" emesso dalla Commissione ai sensi dell'art. 226 del Trattato, la Commissione presentò ricorso alla Corte di Giustizia.

In particolare, alla Corte venne chiesto se alcune norme specifiche della Legge Volkswagen, che derogavano alla disciplina generale delle società per azioni, fossero compatibili con la libera circolazione di capitali. Queste norme erano: i) la previsione di un tetto al diritto di voto nell'assemblea di Volkswagen AG, pari al 20% dei diritti di voto complessivi; ii) la necessità di approvare ogni modifica statutaria con una maggioranza pari al 80% del capitale rappresentato in assemblea, invece del 75% previsto dal *AktG*; iii) il diritto attribuito al Governo federale e al Land della Bassa Sassonia di nominare due membri ciascuno nel consiglio di sorveglianza, sin tanto che tali Enti detengono azioni nella società.

Le questioni sottoposte alla Corte, quindi, rientrano nell'alveo delle cause sulla compatibilità con la libera circolazione dei capitali di poteri speciali

³²³ *Gesetz über die Überführung der Anteilsrechte an der Volkswagenwerk Gesellschaft mit beschränkter Haftung in private Hand*, del 21 luglio 1960 (nel prosieguo: Legge Volkswagen).

attribuiti allo Stato, anche se come vedremo, il caso Volkswagen presenta alcune peculiarità che non consentono di assimilarlo alle decisioni della Corte sulle norme statali comunemente chiamate *golden shares*³²⁴.

La Corte, respinto il ricorso per la violazione della libertà di stabilimento delle società, si concentra sulla questione della compatibilità con la libera circolazione dei capitali e, dopo un'articolata motivazione, conclude che le suddette norme contrastano con il Trattato e non sono supportate da alcuna possibile giustificazione.

L'art. 56 del Trattato vieta le restrizioni ai movimenti di capitali tra Stati membri, ma non definisce cosa si debba intendere per "capitali". A tal fine, la Corte, per giurisprudenza costante³²⁵, impiega la definizione fornita dalla direttiva del Consiglio 24 giugno 1988, 88/361/CEE che attuava l'abrogato articolo 67 del Trattato, poi sostituito dall'articolo 56³²⁶. Pertanto, sono da considerare come movimenti di capitali gli "investimenti diretti", ossia "gli investimenti di qualsiasi tipo effettuati dalle persone fisiche o giuridiche aventi lo scopo di stabilire o mantenere legami durevoli e diretti tra il finanziatore e l'impresa cui tali fondi sono destinati per l'esercizio di un'attività economica"³²⁷.

Con riferimento alle società, lo scopo di mantenere "legami durevoli" "presuppone che le azioni detenute dall'azionista conferiscano a

³²⁴ Cfr. *ex multis*: Corte di giustizia, 23 maggio 2000, causa C-59/99, *Commissione c. Italia*, in *Racc.*, p. 3811; Corte di giustizia, 4 giugno 2002, causa C-567/98, *Commissione c. Portogallo*, in *Racc.*, p. 4731. In dottrina, cfr. BALLARINO – BELLODI, *La golden share nel diritto comunitario. A proposito delle recenti sentenze della Corte comunitaria*, in *Riv. Soc.*, 2003, p. 2 ss; SANTONASTASIO, *La saga della "golden share" tra libertà di movimento di capitali e libertà di stabilimento*, in *Giur. Comm.*, 2007, p. 302 ss.

³²⁵ Corte di giustizia, 12 dicembre 2006, causa C-446/04, *test Claimants in the FH Group Litigation*, in *Racc.*, p.11753, punto 179-181; 24 maggio 2007, causa C-257/05, *Holbock*, punti 33 e 34. Cfr. anche FLYNN, *Coming the age: the free movement of capital case law 1993-2002*, in *CMLR*, 2002, p. 773 ss.

³²⁶ Articolo abrogato dal Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997, che recitava: " Gli Stati membri sopprimono gradatamente fra loro, durante il periodo transitorio e nella misura necessaria al buon funzionamento del mercato comune, le restrizioni ai movimenti dei capitali appartenenti a persone residenti negli Stati membri, e parimenti le discriminazioni di trattamento fondate sulla nazionalità o la residenza delle parti o sul luogo del collocamento dei capitali".

³²⁷ Punto 18 sentenza Volkswagen.

quest'ultimo, a norma delle disposizioni di legge nazionali sulle società per azioni o altrimenti, la possibilità di partecipare effettivamente alla gestione di tale società o al suo controllo”³²⁸.

Sulla base di questa definizione di “movimento di capitali”, la Corte considera come “restrizione” ogni misura nazionale idonea “a impedire o a limitare l’acquisizione di azioni nelle imprese interessate o che possano dissuadere gli investitori degli altri Stati membri dall’investire nel capitale di queste ultime”³²⁹.

Il Governo tedesco, in primo luogo, contestò che la “La legge Volkswagen” rappresenta una “misura nazionale” ai sensi dell’art. 56 del Trattato

Per capire l’argomentazione del Governo tedesco e le ragioni della legge ora contestata occorre ricostruire la storia della società Volkswagen. La nuova fabbrica, che doveva produrre auto a basso prezzo, venne finanziata in parte dallo Stato attraverso una fondazione, in parte dai risparmiatori e futuri acquirenti delle vetture, che dal 1938 poterono versare una cifra periodica minima e vedersi poi attribuito il diritto ad acquistare le automobili di nuova produzione ad un prezzo accessibile. Da questo punto di vista, quindi, la società *Volkswagenwerk*, pur avendo la singolare forma di società a responsabilità limitata, era retta da una logica mutualistica e non capitalistica. Inoltre, i vari stabilimenti della società vennero finanziati anche attraverso le somme requisite ai sindacati della Repubblica di Weimar, soppressi nel 1933 poco dopo la presa del potere del partito nazionalsocialista.

La guerra interruppe bruscamente l’attività della fabbrica e dopo l’occupazione del territorio tedesco da parte degli Stati Alleati, la fabbrica di Wolfsburg si ritrovò nel cuore del settore britannico. Il conflitto assumeva contorni squisitamente politici e non giuridici e, pertanto, venne risolto con un accordo tra lo Stato e gli altri pretendenti, suggellato da un

³²⁸ Punto 18 sentenza Volkswagen.

³²⁹ Punto 19 sentenza Volkswagen.

contratto di diritto pubblico, trasfuso nello statuto della Volkswagen e poi ancora nella “Legge Volkswagen” del 1960, che trasformò l’originaria società a responsabilità limitata in una società per azioni. Nell’accordo, i risparmiatori e i lavoratori rinunciavano alle loro pretese e, in cambio, lo Stato Federale e la Bassa Sassonia si impegnavano a far sì che la società non potesse essere scalata da privati e a mantenere una partecipazione rilevante nel capitale, per proteggere gli interessi della collettività. E’ evidente, dunque, che la società Volkswagen, nonostante la forma giuridica di società per azioni, non è una “normale” società nata da un contratto e da conferimenti di soggetti privati.

Poiché la “Legge Volkswagen” codificava un accordo politico, il Governo tedesco sostenne di fronte alla Corte che tale legge fosse soltanto la forma esteriore di un accordo tra privati e non “misura nazionale” ai sensi dell’art. 56 del Trattato. Tuttavia, la Corte rigettò questa impostazione, sulla base del dato formale che i provvedimenti contestati avevano a tutti gli effetti forza di legge o comunque erano atti di diritto pubblico, ritenendo perciò irrilevante il percorso storico che ha condotto alla loro emanazione.

Entrando nel merito della questione, si precisa innanzitutto che la Corte affronta congiuntamente il massimale al diritto di voto e la minoranza di blocco. Poiché il Land della Bassa Sassonia detiene il 20% del capitale, l’effetto congiunto del massimale al diritto di voto e della minoranza di blocco gli danno la certezza di non essere soppiantato da investitori privati, indipendentemente dal capitale investito nella società. In altri termini: nessuno può “scalare” Volkswagen e la Bassa Sassonia potrà al massimo essere affiancata da soci con eguale numero di voti.

Ebbene, il punto cruciale della difesa del Governo tedesco è che il tetto al diritto di voto e la minoranza di blocco si applicano a qualsiasi azionista, non solo all’azionista pubblico³³⁰. Di conseguenza, continua il Governo tedesco, queste disposizioni non creerebbero nessuna disparità di

³³⁰ Punto 31 sentenza Volkswagen.

trattamento, mentre l'unica differenza rispetto ad altre società è che nella società Volkswagen queste clausole sono previste per legge e, quindi, sono immodificabili, mentre per il diritto societario generale sono rimesse all'autonomia statutaria (in realtà, in base all'*Aktiengesetz*, le società quotate come Volkswagen, non potrebbero introdurre massimali al voto).

La Corte, tuttavia, rigetta le argomentazioni del Governo tedesco sulla base di un ragionamento sostanzialista³³¹, ritenendo che la situazione complessiva creata dalle norme contestate scoraggia terzi investitori dal creare legami durevoli con la Volkswagen attraverso l'investimento nel relativo capitale e, quindi, rappresenta una tipica restrizione alla libera circolazione dei capitali³³².

Un'altra questione di merito riguardava la eventuale incompatibilità con la libera circolazione dei capitali del diritto a nominare due rappresentanti nel consiglio di sorveglianza, sui dieci attribuiti agli azionisti. Si tratta di un diritto specifico attribuito al Land sin tanto che mantiene partecipazioni nella società, in un organo che non ha soltanto poteri di controllo, ma nomina gli amministratori, approva il bilancio e alcune operazioni gestionali e che, pertanto, può essere qualificato come organo di "alta amministrazione".

E' opportuno precisare che si tratta di una disposizione che introduce "uno strumento che fornisce agli operatori pubblici la possibilità di esercitare un'influenza che va al di là dei loro investimenti", cosicché "l'influenza degli altri azionisti può risultare ridotta rispetto ai loro investimenti"³³³. Sul punto, peraltro, la Corte riconosce che il diritto di nominare due componenti del consiglio è perfettamente in linea con la quota di capitale

³³¹ Cfr. ZUMBANSEN – SAAM, *The ECJ, Volkswagen and European Corporate Law: Reshaping the European Varieties of Capitalism*, in *German law journal*, 2007, p. 1028 ss.; SPATTINI, "Vere" e "False": "golden shares" nella giurisprudenza comunitaria, la "deriva sostanzialista" della Corte di giustizia, ovvero il "formalismo" del principio della "natura della cosa": il caso Volkswagen, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2008, p. 503 ss.

³³² Punto 52 sentenza Volkswagen.

³³³ Punto 64 sentenza Volkswagen.

sottoscritta dal Land (il 20%), ma la disposizione ha anche effetti potenziali e indipendenti dalla quota di capitale concretamente sottoscritta dall'ente pubblico.

Il Governo tedesco, in subordine, adduce che, se anche la Corte ritenesse che la "Legge Volkswagen" rappresenti una restrizione alla libera circolazione dei capitali, tale restrizione sarebbe giustificata da motivi imperativi di interesse generale, quali la tutela dei lavoratori e delle minoranze, in base all'accordo stipulato con tali soggetti alla fine degli anni '50 e che ha dato origine alla "Legge Volkswagen".

Ebbene, a differenza di quanto ritenuto nel caso Alitalia, la Corte nella sentenza in commento, nega che questi requisiti sussistano. In particolare, precisa la Corte che l'interesse dei lavoratori viene comunque tutelato dalla disciplina sulla cogestione e quindi non necessita di una "eterotutela" ulteriore da parte dello Stato, mentre non è dimostrato che gli azionisti di minoranza siano effettivamente protetti dall'azione dell'ente pubblico, né si capisce perché la società Volkswagen e i suoi azionisti debbano essere trattati in maniera diversa dalle altre società.

4. (segue) Sentenza Volkswagen e sentenze *golden shares*.

La sentenza Volkswagen deve essere confrontata con le precedenti sentenze sulle *golden shares* e con la sentenza *Federconsumatori*, emessa quasi contemporaneamente³³⁴.

Con riferimento a quest'ultima, in particolare, al momento di vendere al mercato una quota significativa della società AEM e di scendere al di sotto del 50% del capitale, il Comune di Milano fa approvare alla società stessa una modifica statutaria, sulla base dell'art. 2449 c.c.³³⁵, che gli attribuisce il

³³⁴ Corte di giustizia, sentenza 6 dicembre 2007, causa C-464/04, *Federconsumatori ed altri c. Comune di Milano*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2008, II, p. 925 ss.

³³⁵ la versione originaria dell'art. 2449 c.c., oggetto di valutazione della Corte, recitava: "Se lo Stato o gli enti pubblici hanno partecipazioni in una società per azioni, lo statuto può ad essi conferire la facoltà di nominare uno o più amministratori o sindaci ovvero

diritto di nominare un numero di amministratori proporzionato alla sua partecipazione residua nella società (il 33,4% del capitale). A ciò si aggiunga che questa previsione si sommava al voto di lista per l'elezione degli amministratori, previsto statutariamente ai sensi dell'art. 4 della l. n. 474/1994, cosicché il comune di Milano, oltre agli amministratori nominati separatamente in forza del potere speciale, riusciva a fare eleggere la lista principale.

L'effetto combinato del potere speciale di nomina e del voto di lista attribuiva al comune di Milano il controllo della società. La Corte, sebbene con alcune ambiguità, dichiara questa situazione come una restrizione ingiustificata alla libera circolazione dei capitali: in particolare, la Corte ritiene che l'art. 2449 (nella versione originaria) fosse incompatibile con il Trattato in quanto "di per sé, oppure, come nelle cause principali, in combinato con una disposizione quale l'art. 4 della l. n. 474/1994, che conferisce allo Stato o all'ente pubblico il diritto di partecipare all'elezione, mediante voto di lista degli amministratori non direttamente nominati da esso stesso, è tale da consentire a detto Stato o a detto ente di godere di un potere di controllo sproporzionato rispetto alla sua partecipazione al capitale di detta società".

Orbene, anche se dovessimo ritenere l'art. 2449 c.c. incompatibile con il Trattato solo nell'ipotesi in cui operi congiuntamente ad altre disposizioni, resta inevasa la domanda: come si sarebbe comportata la Corte se l'ente pubblico avesse avuto a disposizione il potere di nominare amministratori in numero sproporzionato alla propria quota di capitale, ma non tanti da attribuirgli il controllo della società? La sentenza Federconsumatori non è chiara sul punto: forse la soluzione più coerente con la sua *ratio decidendi* è

componenti del consiglio di sorveglianza". In seguito alla l. 25 febbraio 2008, n. 34, l'art. 2449 c.c. recita al primo comma: "Se lo Stato o gli enti pubblici hanno partecipazioni in una società per azioni che non fa ricorso al mercato del capitale di rischio, lo statuto può ad essi conferire la facoltà di nominare un numero di amministratori e sindaci, ovvero componenti del consiglio di sorveglianza, proporzionale alla partecipazione al capitale sociale".

di ritenere che quel che viene vietato sia il “controllo sproporzionato” alla partecipazione, non una semplice partecipazione sproporzionata³³⁶.

La sentenza Volkswagen, però, potrebbe indurre ad una lettura differente anche della sentenza Federconsumatori. Infatti, il Land della Bassa Sassonia, a differenza del comune di Milano, aveva solo il diritto di nominare due consiglieri su dieci, quindi in misura proporzionata al capitale sottoscritto, cosa che non gli attribuiva il controllo della società, in misura sproporzionata alla quota di capitale effettivamente detenuta, bensì solamente un potere potenzialmente sproporzionato alla partecipazione. Nonostante ciò, la Corte ha ritenuto che il diritto di nomina rappresentasse di per sé una restrizione alla libera circolazione dei capitali. Il principio di diritto sotteso, dunque, pare essere molto ampio, ma per chiarirne la portata è opportuno confrontare la sentenza Volkswagen con le precedenti sentenze sulle c.d. *golden shares*.

Ebbene, nelle cause sulle *golden shares*³³⁷, i governi nazionali si difesero sostenendo che i poteri speciali loro attribuiti potevano essere rivolti senza distinzioni, agli azionisti nazionali e agli azionisti cittadini di altri Stati membri e, quindi, non creavano alcuna discriminazione.

³³⁶ DEMURO, *L'incompatibilità con il diritto comunitario della nomina diretta ex art. 2449 c.c.*, in *Giurisprudenza commerciale*, II, 2007, p. 591. Cfr. anche Corradi, *Libera circolazione dei capitali ed art. 2449 c.c.: il principio di proporzionalità tra partecipazione e “potere di controllo”*, in *Giurisprudenza commerciale*, II, 2008, p.941, il quale sottolinea che la valutazione della Corte non può fondarsi sulla natura “pubblica” del soggetto titolare dei poteri speciali, perché sarebbe un argomento contrario all’art. 295 del Trattato, e allora la vera *ratio* risiederebbe nella “sproporzione tra proprietà e controllo”.

³³⁷ Il termine “Golden share” (letteralmente “azione dorata”) indica l’istituto giuridico, di origine britannica, in forza del quale uno Stato, durante o a seguito di un processo di privatizzazione (o vendita di parte del capitale) di un’azienda pubblica, si riserva dei poteri speciali. E questo indipendentemente dall’effettivo numero di azioni da esso possedute. La Golden share, com’è ovvio, ha la finalità di tutelare l’interesse della collettività in quelle società attive in settori strategici quali, per esempio, l’energia o la difesa. È prevista negli ordinamenti giuridici di diversi Paesi europei, introdotta tipicamente negli anni '90 con l’avvio dei primi processi di privatizzazione delle aziende pubbliche. La quota in mano pubblica può essere al limite ridotta ad una sola azione, simbolica, e conferisce allo Stato un potere sulle scelte strategiche anche quando la privatizzazione è completata. Non è viceversa applicabile alle controllate e collegate che l’impresa pubblica deteneva prima e dopo la privatizzazione.

La Corte rigettò quest'argomentazione e ritenne che una restrizione alla libera circolazione di capitali potesse verificarsi anche ove il potere attribuito all'ante pubblico non fosse formalmente discriminatorio, poiché tali norme potevano "impedire l'acquisizione di azioni nelle società interessate e dissuadere gli investitori di altri Stati membri dall'investire nel capitale di tali società"³³⁸.

Questa *ratio decidendi* delle sentenze sulle *golden shares* si attaglia perfettamente al diritto di nominare due membri del consiglio di sorveglianza della società Volkswagen, attribuito per legge al Land della Bassa Sassonia, ma non può essere estesa alle altre due norme contestate, ossia il massimale al voto e la minoranza di blocco, poiché queste si applicano a tutti i soci indistintamente e, quindi, a differenza del diritto di nomina, non rappresentano alcuna deroga al principio di uguaglianza tra soci.

Per capire come la Corte reagirà in futuro di fronte a norme nazionali che, astrattamente, potrebbero essere tacciate di ostacolare la libera circolazione dei capitali, è necessario notare che la stessa considera come "restrizioni" alla libertà di stabilimento tutte quelle ipotesi in cui un soggetto viene dissuaso dall'investire in una società comunitaria e dallo stabilirvi "legami durevoli"; questa "dissuasione", per la Corte, può avvenire tanto attraverso norme che attribuiscono al socio pubblico un potere speciale di nomina, derogando così al principio di uguaglianza tra soci, quanto attraverso norme di diritto societario che, pur rispettose del principio di uguaglianza, di fatto cristallizzano e rendono non modificabile una posizione di potere dell'ente pubblico.

Si potrebbe, forse, trarre un principio di diritto estremamente ampio, per il quale sarebbero incompatibili con la circolazione dei capitali tutte le disposizioni nazionali che consentono, anche solo potenzialmente, ad un

³³⁸ Corte di giustizia, *Commissione c. Portogallo*, cit., punto 43.

ente pubblico di ottenere o mantenere un'influenza sproporzionata alla quota di capitale sottoscritta.

Tuttavia, questo modo di ragionare e le conclusioni che se ne potrebbero trarre nascondono una contraddizione e rappresentano un pericolo.

La contraddizione è dovuta al fatto che la Corte non indaga il rapporto tra legge e autonomia privata. Il diritto societario, infatti, può essere considerato come una sorta di “contratto standard”, contenente regole dispositive o imperative secondo il bilanciamento degli interessi prescelto caso per caso dai singoli ordinamenti³³⁹. Questa riflessione vale per tutte le regole societarie, tanto “comuni”, ossia applicabili in generale a tutte le società, quanto “speciali” ossia applicabili ad una sola società o a una classe di società, come ad esempio la “Legge Volkswagen”. Nulla vieta ai legislatori nazionali di prevedere leggi *ad hoc*, con regole diverse tra loro, per ogni singola società, facendo coincidere così la regola legale e quella statutaria. In realtà, il problema della “Legge Volkswagen” risiede proprio nel contenuto delle regole sì qui contestate (inderogabilità del tetto al voto e minoranza di blocco) che quindi potrebbero essere considerate come restrizioni della libera circolazione di capitali di per sé, ossia anche se introdotte nello statuto sulla base di una delibera dell'assemblea e pur essendo assolutamente non discriminatorie.

Ebbene, il pericolo insito nella sentenza Volkswagen emerge da questa mancata analisi. Il principio per cui tutte le norme nazionali che dissuadono dallo stabilire “legami durevoli” rappresentino restrizioni alla circolazione dei capitali, infatti, potrebbe avere effetti eccessivamente estesi, se non ne individuiamo il perimetro di applicazione.

Seguendo questa logica peraltro la Corte rischierebbe di mettere in discussione la varietà degli ordinamenti giuridici nazionali, sino a

³³⁹ EASTERBROOK – FISCHER, *L'economia delle società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 44 ss.

realizzarne una sorta di forzata convergenza per mano giudiziaria³⁴⁰, proprio in un momento in cui la stessa giurisprudenza della Corte in materia di libertà di stabilimento ha aperto spazi amplissimi alla competizione tra ordinamenti giuridici, esaltando così il valore positivo delle rispettive differenze³⁴¹.

In sostanza, con la sentenza Volkswagen (e con la sentenza Federconsumatori), al di là del merito delle singole controversie, la Corte assume posizioni che non consentono di individuare i limiti intrinseci dell'argomentazione e, pertanto, rischiano in futuro di applicarsi anche alle scelte dei legislatori nazionali riguardo alle regole di diritto societario.

Tuttavia, il braccio di ferro tra il Governo tedesco e la Commissione potrebbe proseguire, dimostrando quanto il caso Volkswagen rappresenti molto di più della difesa di un semplice potere statale. Peraltro, il 27 maggio 2008, il Governo tedesco ha approvato un progetto di legge per riformare la “Legge Volkswagen”, progetto approvato dal Bundestag ed entrato in vigore l'11 dicembre 2008. La Legge abroga soltanto il massimale al diritto di voto e il diritto di nominare due membri del consiglio di sorveglianza, ma conserva la minoranza di blocco, ritenendo che questa da sola non sia oggetto di condanna da parte della Corte.

³⁴⁰ VOSSESTEIN, *Volkswagen: the States of Affairs of Golden Shares, General Company Law and European Free Movement of Capital*, in *European company and financial law review*, 2008, p. 130.

³⁴¹ MUCCIARELLI, *Compani “Emigration” and EU Freedom of Establishment: Daily Mail Revisited*, in *EBOR*, 2008, p. 267 ss.

PARTE III
IL PRIVATE ENFORCEMENT IN MATERIA DI AIUTI DI
STATO
CAPITOLO I

Private enforcement in materia di aiuti di Stato: gli strumenti di
cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione.

1. Lo scopo della Comunicazione del 2009 e i poteri dei giudici nazionali in materia di recupero dell'aiuto illegale.

L'art. 108 TFUE, nel disciplinare le modalità per l'applicazione della disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato alle imprese, delinea una procedura di controllo interamente affidata alla Commissione. In particolare, a questa istituzione spetta il potere esclusivo di stabilire, mediante decisione rivolta allo Stato membro interessato, se l'aiuto è compatibile con il mercato comune e può, pertanto, essere concesso. A tal fine, gli Stati membri devono notificare i progetti di nuovi aiuti alla Commissione ed ottenere che questa, dopo aver istruito il caso in contraddittorio anche con eventuali altri interessati, emani la propria decisione. Il Trattato prevede, quindi, un'ipotesi tipica di *public enforcement*, cioè un procedimento di controllo, il cui svolgimento e il cui esito sono interamente affidati ad un'autorità pubblica come la Commissione.

Nondimeno nel campo degli aiuti di Stato esiste un certo spazio anche per un *private enforcement*, cioè per un'applicazione della disciplina comunitaria da parte dei giudici nazionali su iniziativa dei singoli soggetti. Tale possibilità passa attraverso il divieto di esecuzione previsto dall'art. 108, par.3, TFUE. La norma vieta agli Stati membri di attuare misure di aiuto che non siano state previamente "autorizzate" dalla Commissione (clausola di sospensione o *Standstill*). Essa è stata formulata in termini chiari e precisi tanto da essere considerata dalla Corte di giustizia

direttamente efficace e capace di essere applicata dai giudici nazionali nel quadro delle loro competenze.

Il numero delle pronunce della Corte di giustizia che toccano l'uno o l'altro profilo del *private enforcement* in materia di aiuti di Stato è cresciuto negli ultimi anni, segno che sempre più spesso i soggetti interessati ad impedire la concessione o il mantenimento di aiuti non autorizzati o illegali³⁴² si rivolgono ai giudici nazionali, invece che alla Commissione. Tuttavia, le difficoltà non mancano e questo spiega il perché dei molti rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia.

Da tempo la Commissione ha espresso il convincimento che occorra favorire il *private enforcement* come mezzo per rafforzare l'efficacia e diffondere il rispetto delle norme sugli aiuti di Stato. In questo senso ha emanato le due Comunicazioni del 1995³⁴³ e del 2009³⁴⁴.

Preme precisare che nell'intervallo tra i due testi, la normativa in materia di aiuti ha conosciuto importanti novità. Tra il 1998 e il 1999 il Consiglio si è finalmente deciso a far uso dei poteri previsti dall'art. 109 TFUE. Così sono stati adottati nell'ordine il reg. n. 994/98 e il reg. 659/99. Con il primo il Consiglio ha autorizzato la Commissione ad emanare regolamenti d'esenzione per categoria, il cui effetto principale è di sottrarre all'obbligo di notifica preventiva e alla clausola di sospensione gli aiuti rispondenti alle definizioni di ciascun regolamento³⁴⁵. Con il secondo per la prima volta in

³⁴² Il termine "aiuti illegali" è stato consacrato dallo stesso Regolamento CE n. 659/99 del 22 marzo 1999, *recante modalità di applicazione dell'art. 93 del Trattato CE*, in *G.U.* n. L 83 del 27 marzo 1999, p.1, che vi dedica l'intero Cap. III (artt. 10-15), rubricato "Procedura relativa agli aiuti illegali".

³⁴³ Comunicazione della Commissione *relativa alla cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione in materia di aiuti di Stato*, in *G.U.* n. C 312 del 23 novembre 1995, p. 8.

³⁴⁴ Comunicazione della Commissione *relativa all'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali*, in *G.U.* n. C 85 del 9 aprile 2009, p. 1.

³⁴⁵ L'elenco completo dei regolamenti d'esenzione emanati dalla Commissione è contenuto nel punto 27 della Comunicazione del 2009. Alcuni di essi sono stati sostituiti dal Regolamento CE n. 800/2008, del 6 agosto 2008 *relativo all'applicazione degli artt. 107 e 109 del trattato che dichiara talune categorie di aiuti compatibili con il mercato comune*, in *G.U.* n. L 214 del 6 agosto 2008, p.3.

tanti anni è stato disciplinato in modo dettagliato lo svolgimento della procedura di controllo degli aiuti da parte della Commissione. Quest'ultima ha, inoltre, pubblicato una serie molto nutrita di comunicazioni concernenti l'applicazione dell'art. 107 TFUE ad aiuti di vario tipo.

La Comunicazione del 2009, pertanto, si inserisce in un quadro normativo che, rispetto allo stato embrionale in cui si trovava all'inizio degli anni '90, si va sempre più precisando ed articolando anche grazie all'importante contributo della giurisprudenza delle Corti comunitarie.

Lo scopo della Comunicazione è duplice. Innanzitutto, essa intende *“informare i giudici nazionali e i terzi dei rimedi disponibili in caso di violazione delle norme sugli aiuti di Stato e di fornire loro orientamenti sull'applicazione pratica di dette norme”*. Inoltre, la Comunicazione *“si prefigge di rafforzare la cooperazione con i giudici nazionali, promuovendo strumenti più pratici per sostenerli e destinati a facilitare il loro lavoro quotidiano”*.

Che il primo scopo sia quello più importante è confermato dal fatto che ad esso sono dedicati una settantina di paragrafi della Comunicazione, mentre il secondo scopo viene trattato in maniera più sbrigativa.

Il primo scopo sembra corrispondere ad una funzione meramente esplicativa della Commissione, quest'ultima, in altri termini, si limita a spiegare sinteticamente, ma in modo ordinato (e per questo più facilmente accessibile ai giudici nazionali) il diritto vigente quale risulta dal Trattato, dai regolamenti citati e soprattutto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Al più, come ritenuto in dottrina, si potrebbe pensare ad una funzione esortativa e promozionale³⁴⁶: la Commissione, attraverso la Comunicazione, cerca di incitare i giudici nazionali a far uso dei poteri che

³⁴⁶ DANIELE, *La nuova Comunicazione della Commissione europea*, in *“La modernizzazione” della disciplina sugli aiuti di Stato*, Schepisi (a cura di), Giappichelli, Torino, 2011, p. 162.

loro spettano in materia di aiuti di Stato, ma di cui potrebbero non essere del tutto coscienti.

In realtà, ad avviso di chi scrive, l'esposizione che la Comunicazione contiene del diritto attualmente vigente non è sempre del tutto neutrale. In altri termini, sembra quasi che la Comunicazione nasconda ambizioni para-normative, non rifuggendo la Commissione dallo spingere i giudici nazionali a praticare soluzioni che rispondano all'obiettivo di una applicazione più diffusa e più efficace della disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato, ma non sempre trovano sufficiente supporto nella giurisprudenza.

Ambizioni più apertamente normative ha la parte della Comunicazione dedicata al secondo scopo da essa perseguito: la cooperazione tra giudici nazionali e Commissione in materia di aiuti. Viene infatti stabilito che la Commissione fornisca un'ampia serie di informazioni ai giudici nazionali o addirittura esprima pareri su loro richiesta. In questo senso la Comunicazione sembra voler introdurre in via di prassi ciò che, per quanto riguarda l'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE, ha richiesto un intervento normativo vero e proprio.

Orbene, la Comunicazione del 2009 non riveste carattere cogente. Nelle disposizioni finali, infatti, viene precisato che essa *“non è vincolante per i giudici nazionali e non ne pregiudica l'indipendenza”*.

Sono stati così eliminati gli aspetti di ambiguità che caratterizzavano in particolare il punto 100 della versione provvisoria della Comunicazione. Affermando che *“i giudici nazionali e i terzi sono vincolati dal contenuto della presente Comunicazione unicamente nella misura in cui essa si basa sulla legislazione esistente e/o su altre norme e principi vincolanti di diritto comune, quali definiti dalle corti della Comunità”*, l'originario punto 100 pareva proprio porre una presunzione di corrispondenza tra il contenuto della Comunicazione che sarebbe venuta meno soltanto dimostrando l'insussistenza di tale presunzione.

Con specifico riferimento al contenuto della Comunicazione, è necessario osservare come, in realtà, essa sia interamente dedicata al problema degli aiuti illegali ed, in particolare, al loro recupero. Infatti, una delle costanti della Comunicazione è la preoccupazione di dimostrare come il *private enforcement* offra ai soggetti lesi dalla concessione di un aiuto illegale maggiori possibilità di tutelare i loro diritti rispetto alla tutela che potrebbero ottenere rivolgendosi alla Commissione e affidarsi alle azioni di *public enforcement*. Ciò nella speranza che sempre più spesso tali soggetti si decidano ad agire direttamente dinanzi ai giudici nazionali, evitando di coinvolgere la Commissione quando non sia necessario.

Secondo la Comunicazione, la maggiore efficacia del *private enforcement* rispetto al *public enforcement* si rivela, in particolare, in due campi: quello del recupero degli aiuti illegali e quello del risarcimento dei danni.

In ordine al primo punto, la Commissione spiega di disporre di poteri limitati per proteggere i singoli casi di aiuti illegali³⁴⁷. Dalla giurisprudenza della Corte si ricava, infatti, che in ipotesi del genere la Commissione può ordinare il recupero soltanto all'esito del procedimento formale di indagine e nell'ambito della decisione con cui dichiara l'aiuto incompatibile. La possibilità di emettere a carico dello Stato membro ingiunzioni preliminari di recupero è ammessa dall'art. 11, par. 2, del reg. n. 659/99, ma è soggetta a "*requisiti giuridici molto rigorosi*".

Al contrario, i giudici nazionali, non soltanto possono ordinare la sospensione dell'erogazione di aiuti illegali se non ancora avvenuta³⁴⁸, ma debbono inoltre disporre la restituzione dell'aiuto percepito "*indipendentemente dalla sua compatibilità*" e sul solo presupposto che la

³⁴⁷ MEROLA, *Il recupero degli aiuti illegali e incompatibili e le relative controversie dinanzi ai giudici nazionali*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Pace (a cura di), Jovene, 2013, p. 623 ss.

³⁴⁸ Punto 28. In verità in casi del genere la sospensione potrebbe essere ordinata anche dalla Commissione ai sensi dell'art. 11, par. 1, reg. n. 659/99 (Cfr. DANIELE, *Op. Cit.*, p. 166 ss.).

misura in questione costituisca un aiuto e che ad essa si applichi la clausola di sospensione.

Orbene, senza contestare la correttezza del quadro descritto dalla Commissione, va tuttavia osservato come non vi sia alcuna certezza che i giudici nazionali, aditi dai terzi interessati, siano in grado di pervenire ad una decisione che ordini il recupero in tempi più rapidi di quelli che occorrerebbero alla Commissione per avviare il procedimento formale di indagine ed emettere una decisione di incompatibilità e di recupero³⁴⁹.

A prescindere dai tempi molto lunghi che lo svolgimento di qualsiasi processo richiede davanti i giudici di alcuni Stati membri, la qualificazione di una misura come aiuto ai sensi dell'art. 107 TFUE e l'esclusione dell'esistenza di motivi che rendono non applicabile nella specie la clausola di sospensione costituiscono operazioni di notevole complessità e difficoltà che un giudice nazionale, malgrado il sostegno che potrà ottenere dalla Commissione, non riuscirà a portare a termine rapidamente. Senza contare poi la possibilità che il giudice sollevi questione pregiudiziale davanti la Corte di giustizia e che la decisione di primo grado, quando perverrà, possa essere oggetto di impugnazione davanti alle giurisdizioni superiori.

Di conseguenza, la maggiore rapidità con cui i giudici nazionali possono ordinare il recupero dell'aiuto illegale, risulta illusoria. Probabilmente l'unico vantaggio che si otterrebbe rivolgendosi ai giudici nazionali, sarebbe rappresentato dall'emanazione di misure provvisorie e ciò al fine di preservare l'efficacia dell'art. 108, par. 3, TFUE.

Passando adesso ad esaminare il secondo campo in cui, secondo la Comunicazione, il *private enforcement* può assicurare maggiore tutela ai terzi rispetto al *public enforcement*, quello delle azioni di danni, è incontestabile che si tratti di un tipo di tutela che solo i giudici nazionali

³⁴⁹ PIRRODDI, *La procedura della Commissione relativa agli aiuti di Stato illegali*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Pace (a cura di), Jovene, 2013, p. 593.

possono accordare. Il *private enforcement*, da questo punto di vista, appare l'unica via esperibile, dal omento che la Commissione non dispone del potere di ordinare allo Stato membro responsabile di risarcire i danni causati ai terzi dalla concessione di aiuti illegali. Ciò spiega perché la Comunicazione dedichi tanto spazio al tema³⁵⁰.

La possibilità per i terzi di ottenere un risarcimento in caso violazione delle norme sugli aiuti è stata, infatti, evocata più volte dalla Corte di giustizia ma ciò è sempre avvenuto in termini estremamente generici e quasi come una formula di rito. Sotto questo aspetto la Comunicazione tenta perciò di anticipare soluzioni a questioni che non trovano ancora nessuna risposta in giurisprudenza.

Dando per scontato che l'art. 108, par. 3, TFUE, e la clausola di sospensione soddisfino la prima condizione posta dalla sentenza *Francovich*³⁵¹, costituendo una norma destinata a conferire diritti agli individui³⁵², la Comunicazione si occupa brevemente della seconda condizione. Vi si afferma che, essendo l'obbligo di notifica e la clausola di sospensione norma che non lasciano alcun potere discrezionale agli Stati membri, la concessione di un aiuto illegale andrebbe sempre considerata una violazione sufficientemente grave.

La conclusione, non suffragata da nessun precedente giurisprudenziale in termini (nessuna delle sentenze citate alla nota 80 della Comunicazione si riferisce alla materia degli aiuti), sembra eccessiva. Infatti, ancora oggi e nonostante l'ampia casistica esaminata dalla Corte e la profusione di comunicazioni pubblicate dalla Commissione, non mancano casi in cui uno

³⁵⁰ Il tema è affrontato nei punti 43-55, nonché nel punto 69, che si occupa brevemente delle azioni di danno in caso di mancata esecuzione di una decisione di recupero della Commissione.

³⁵¹ Corte di giustizia, 1 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich*, in *Racc.*, p. I-5357.

³⁵² Punto 46. Di ciò si potrebbe forse dubitare, anche se i precedenti giurisprudenziali richiamati dalla Comunicazione, benché generici, fanno pensare che la prima condizione *Francovich* sia soddisfatta (in tal senso, tra gli altri, Daniele, *Op. Cit.*, p.171).

Stato membro può in buona fede ritenere che la misura in questione non sia un aiuto e non sia pertanto soggetta alla clausola di sospensione.

La Comunicazione del 2009, infine, trascura del tutto di considerare la terza condizione *Francovich* (esistenza di un nesso di causalità tra la violazione della norma e il danno subito) e si concentra soltanto sulla definizione del danno (come meglio si vedrà nel prossimo capitolo del presente lavoro).

A prescindere dal carattere generico ed impreciso delle considerazioni svolte in proposito dalla Commissione, va rilevato che, anche ammesso che l'esistenza di un danno sia effettivamente provata, resterebbe il non meno arduo compito di provare che esso sia stato causato proprio dall'erogazione dell'aiuto illegale, in base ad un nesso di causalità diretto difficile da stabilire se non forse in via presuntiva³⁵³.

Pertanto, ad avviso di chi scrive, la Comunicazione non permette di compiere dei passi in avanti significativi per quanto riguarda la praticabilità di azioni di risarcimento in materia di aiuti di Stato. La possibilità di proporre un'azione del genere resta quindi oltremodo incerta e difficilmente potrà costituire un efficace incentivo a scegliere il *private enforcement* al posto del ricorso alla Commissione.

Ebbene, dall'esame complessivo della Comunicazione del 2009 risulta che la Commissione è sincera nell'auspicare il rafforzamento e la diffusione del *private enforcement* in materia di aiuti, ma non del tutto cosciente delle difficoltà che tale via comporta.

Né appare verosimile che tali difficoltà possano essere superate attraverso forme di cooperazione che non soltanto rischiano di condurre ad un'eccessiva ingerenza della Commissione nell'operato dei giudici nazionali ma, se utilizzate diffusamente, impegnerebbero le forze della

³⁵³ D'altronde a criteri di tipo presuntivo la Comunicazione sembra alludere allorché evoca che “le norme procedurali nazionali a volte permettono al giudice nazionale di basarsi su stime ragionevoli ai fini della quantificazione dell'importo effettivo dei danni”, (punto 51).

Commissione in misura analoga a quelle necessarie ad un vero e proprio *public enforcement*.

Uno degli scopi della recente modernizzazione del sistema di applicazione del diritto comunitario della concorrenza attuato attraverso il reg. n. 1/2003 è di ridurre il numero di interventi diretti da parte dei servizi della Commissione, in modo da poter risparmiare energie e concentrarsi sui casi di maggiore rilevanza comunitaria. E' da presumersi che un simile obiettivo sia implicito nell'azione della Commissione a favore del *private enforcement* in materia di aiuti. Se così fosse, l'auspicato risparmio in termini di interventi diretti della Commissione potrebbe rivelarsi una chimera.

2. Tutela giurisdizionale e *private enforcement*: la nuova strategia della Commissione.

la Comunicazione della Commissione europea relativa all'applicazione da parte dei giudici nazionali delle disposizioni sugli aiuti di Stato si propone di rafforzare i meccanismi di controllo sul rispetto di tali disposizioni secondo quanto delineato dal "piano di azione" adottato nel 2005³⁵⁴. In applicazione di tale piano la Comunicazione ha adottato un approccio più rigoroso nei confronti degli aiuti statali³⁵⁵, cercando a tal fine di promuovere anche il ruolo dei privati, ritenendo che questi, attraverso ricorsi proposti dinanzi alle giurisdizioni nazionali, possano contribuire ad un controllo efficace³⁵⁶.

³⁵⁴ *Piano di azione nel settore degli aiuti di Stato: aiuti di Stato meno numerosi e più mirati; itinerario di riforma degli aiuti di Stato 2005-2009*, 7 giugno 2005, COM (2005) 107 def.

³⁵⁵ Tale orientamento restrittivo è stato in parte attenuato per effetto delle misure adottate a seguito della crisi finanziaria, con le quali si è consentita la concessione di determinati aiuti che hanno comportato un notevole incremento degli interventi statali (cfr. *State aid: scoreboard shows strong increase of aid in response to the financial crisis but single market intact*, IP/09/886, Bruxelles, 7 dicembre 2009).

³⁵⁶ Punti 55 e 56 del *Piano di azione*. L'orientamento volto a valorizzare il ruolo delle giurisdizioni nazionali risulta indirettamente anche dal recente *Codice delle migliori pratiche applicabili nei procedimenti di controllo degli aiuti di Stato* (in *G.U.* n. C 136

In particolare, la Commissione, al fine di accrescere l'efficacia dei meccanismi di controllo, ha voluto rafforzare secondo una strategia analoga a quella promossa riguardo all'applicazione delle norme *antitrust*³⁵⁷, il cd. "*private enforcement*" delle disposizioni del Trattato sugli aiuti statali, sul presupposto che le azioni proposte dai privati "*possano essere di notevole beneficio per la politica degli aiuti di Stato*"³⁵⁸. Quindi, pur senza prospettare modifiche del vigente quadro normativo, le iniziative della Commissione si propongono di favorire l'interesse dei privati all'azione giurisdizionale migliorando il livello di tutela fornito dai giudici nazionali. Ciò risulta con evidenza dalla Comunicazione del 2009 laddove si indica che "*i giudici nazionali possono offrire ai ricorrenti rimedi molto efficaci in caso di violazione delle norme sugli aiuti di Stato*" e che questo "*può contribuire a una maggiore disciplina complessiva nel campo degli aiuti di Stato*".

In questo modo si intende promuovere la diffusione del controllo a livello nazionale sul rispetto delle disposizioni del Trattato, ritenendo che così si possa agevolare l'esercizio delle funzioni della Commissione ed aumentare l'efficacia dei controlli. La valorizzazione del "*private enforcement*" può ricondursi, del resto, al più generale ruolo di controllo che le persone, agendo per la tutela dei propri interessi, svolgono in modo "indiretto" riguardo al rispetto degli obblighi dell'Unione da parte degli Stati membri; tale ruolo è stato evidenziato dalla Corte di giustizia sin dalla sentenza nel

del 16 giugno 2009, p. 13) nel quale si indica che in "*caso di aiuti illegali, si ricorderà degli autori delle denunce che possono avviare un procedimento dinanzi ai giudici nazionali, i quali possono ordinare la sospensione o il recupero di tali aiuti*" (punto 50).

³⁵⁷ Tale orientamento è stato espresso in particolare nel Libro verde *Azioni per il risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, COM (2005) 672 def. E nel Libro bianco *in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, COM (2008) 165 def. Cfr. ROSSI DAL POZZO – NASCIMBENE (a cura di), *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, Giuffrè, 2009.

³⁵⁸ TUFANO, *La disciplina degli aiuti di Stato: dal controllo all'enforcement*, in *La modernizzazione della disciplina sugli aiuti di Stato*, Schepisi (a cura di), Giappichelli, Torino, 2011, p. 35 ss.

caso *Van Gend en Loos*, nella quale viene riconosciuto che “la vigilanza dei singoli, interessati alla salvaguardia dei loro diritti, costituisce... un efficace controllo che si aggiunge a quello che gli articoli 169 e 170 (ora 258 e 259 TFUE) affidano alla diligenza della Commissione e degli Stati membri”³⁵⁹.

La strategia delineata dalla Commissione sembra poggiare su due presupposti. Occorre, in primo luogo, che vi siano negli ordinamenti degli Stati membri adeguati meccanismi di tutela giurisdizionale che consentano di far valere in un giudizio nazionale la violazione delle disposizioni del Trattato sugli aiuti statali; inoltre, il giudice nazionale del luogo in cui si producono gli effetti anticoncorrenziali potrebbe, qualora ne sia prevista la competenza, essere chiamato a fornire tutela anche in relazione agli aiuti forniti da uno Stato membro diverso da quello del foro. In secondo luogo, deve sussistere un concreto interesse da parte dei privati a proporre azioni volte a denunciare casi nei quali imprese concorrenti abbiano beneficiato di aiuti di aiuti statali in violazione delle disposizioni del Trattato. Al fine di contribuire alla realizzazione di tali presupposti, la Commissione ritiene che debba essere instaurata una più adeguata cooperazione con i giudici nazionali³⁶⁰. Pertanto, la collaborazione offerta dalla Commissione, se costituisce espressione dell’obbligo generale di cooperazione con le autorità nazionali, assume un carattere strumentale rispetto al rafforzamento del *private enforcement*: la precisa individuazione di strumenti e modalità di assistenza prospettata nella Comunicazione si inquadra, quindi, in un obiettivo di valorizzazione del ruolo dei giudici nazionali, affinché essi garantiscano in modo più efficace e più agevole i diritti dei privati che si ritengono pregiudicati in ragione della concessione di aiuti statali.

³⁵⁹ Corte di giustizia, 5 febbraio 1963, causa 26/62, *van Gend & Loos*, in *Racc.*, p. 3.

³⁶⁰ ADINOLFI, *Gli strumenti di cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione*, in *La modernizzazione della disciplina sugli aiuti di Stato*, Schepisi (a cura di), Giappichelli, Torino, 2011, p. 178.

3. Il ruolo dei giudici nazionali nell'applicazione delle norme sugli aiuti di Stato alle imprese.

Nell'applicazione delle disposizioni del Trattato sugli aiuti di Stato i giudici nazionali dispongono di poteri significativi per quanto concerne il rispetto delle regole di carattere procedurale, mentre molto limitato è il ruolo che essi possono svolgere in relazione alla compatibilità degli aiuti con il mercato comune. Resta, infatti, preclusa ai giudici nazionali la valutazione della compatibilità di un aiuto ai sensi dell'art. 107 TFUE poiché la Corte ha negato l'idoneità di tale disposizione a produrre effetti diretti³⁶¹, evidenziando la ripartizione dei compiti tra la Commissione e i giudici nazionali³⁶². Inoltre, diversamente da quanto stabilito in ordine alle esenzioni relative all'applicazione delle norme *antitrust*, tale potere è tuttora riservato alla Commissione, non essendo stata adottata una normativa derivata che preveda un controllo "diffuso" da parte delle autorità nazionali. Il giudice nazionale può tuttavia accertare, in presenza di un regolamento di esenzione per categoria o di un regime di aiuti autorizzato, se siano soddisfatte le condizioni stabilite dal regolamento stesso, senza valutare direttamente la compatibilità della misura di aiuto con il Trattato³⁶³.

³⁶¹ Corte di giustizia, 16 dicembre 1992, causa C-17/91, *Lornoy e a. c. Belgio*, in *Racc.*, p. I-6523, punto 29, ove si afferma che "secondo una costante giurisprudenza, l'incompatibilità degli aiuti di Stato con il mercato comune non è né assoluta né incondizionata. Il Trattato disponendo nell'art. 93 che la Commissione deve procedere in via permanente all'esame ed al controllo degli aiuti, vuole che l'eventuale incompatibilità di un determinato aiuto con il mercato comune venga accertata, sotto il controllo della Corte di giustizia, mediante un apposito procedimento che spetta alla Commissione avviare. Di conseguenza i singoli non possono, richiamandosi unicamente all'art. 92, contestare la compatibilità di un aiuto con il diritto comunitario dinanzi ai giudici nazionali né chiedere a questi di pronunciarsi, in via principale o incidentale, su un'eventuale incompatibilità.

³⁶² Cfr. ROBERTI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Padova, Cedam, 1997; Porchia, *Il procedimento di controllo degli aiuti pubblici alle imprese tra ordinamento comunitario e ordinamento interno*, Napoli, Jovene, 2001; BELLODI – GRESpan, *La procedura in materia di aiuti*, in Tosato – Bellodi (a cura di), *Il nuovo diritto europeo della concorrenza. Aspetti procedurali*, Milano, Giuffrè, 2004.

³⁶³ Cfr. in particolare il Regolamento CE n. 994/98, *sull'applicazione degli artt. 87 e 88 a determinate categorie di aiuti di Stato orizzontali* (G.U. n. L 142 del 14 maggio 1998,

E' necessario precisare che anche quando il giudice provveda all'accertamento del rispetto di regole di carattere meramente procedurale si può presentare l'esigenza di effettuare valutazioni complesse, in merito alle quali il giudice potrebbe non disporre di strumenti adeguati. Tale complessità è evidenziata in relazione al compito dei giudici nazionali di accertare le violazioni dell'obbligo di notifica preventiva enunciato dall'art. 108, par. 3, TFUE, nonché di adottare le misure correlate a tale violazione; questa disposizione prescrive che alla Commissione siano comunicati *“in tempo utile perché presenti le sue osservazioni, i progetti diretti a istituire o modificare aiuti”* e vieta allo Stato membro di dare esecuzione a tali progetti *“prima che tale procedura abbia condotto a una decisione finale”*. Al riguardo, la Corte di giustizia ha dichiarato che *“gli effetti di un aiuto non si producono prima che la Commissione abbia disposto di un termine ragionevole per esaminare a fondo il progetto e per iniziare, eventualmente, il procedimento contemplato dal n. 2 dello stesso articolo”*³⁶⁴. Il potere del giudice nazionale discende dal riconoscimento, da parte della Corte di giustizia, dell'idoneità a produrre effetti diretti della disposizione che impone l'obbligo di notifica³⁶⁵. Da ciò consegue che *“è compito dei giudici nazionali salvaguardare i diritti dei singoli in caso di*

p.1), il Regolamento CE n. 800/2008, del 6 agosto 2008 *che dichiara certe categorie di aiuti in favore dell'occupazione compatibili con il mercato comune* (G.U. n. L 214 del 9 agosto 2008, p.3), nonché i vari regolamenti adottati dalla Commissione che escludono l'obbligo di notifica e di sospensione per gli aiuti che soddisfano le condizioni in essi indicati. A seguito delle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona è ora conferito alla Commissione il potere di adottare regolamenti *“concernenti le categorie di aiuti di Stato per le quali il Consiglio ha stabilito, conformemente all'art. 109, che possono essere dispensate dalla procedura”*.

³⁶⁴ Corte di giustizia, 14 febbraio 1990, causa C-301/87, *Francia c. Commissione*, in *Racc.*, p. I-307, punto 17.

³⁶⁵ Tra le varie pronunce nelle quali è riconosciuto l'effetto diretto dell'art. 93, par. 3, TCE, cfr. Corte di giustizia, 8 novembre 2001, causa C-143/99, *Adria-Wien Pipeline*, in *Racc.*, p. I-8665, punto 26, causa C-39/94, *SFEI*, in *Racc.*, p. I-3547. Più recentemente la Corte di giustizia ha precisato che *“dall'effetto diretto riconosciuto dall'art. 93, par. 3, TCE, discende che l'efficacia immediata del divieto di dare esecuzione all'aiuto previsto dal suddetto articolo investe qualsiasi aiuto posto in essere senza preventiva notifica”*: Corte giust., 13 gennaio 2005, causa C-174/02, *Streekgewest*, in *Racc.*, p. I-85, punto 15.

*eventuale inosservanza, da parte delle autorità nazionali, del divieto di dare esecuzione agli aiuti...*³⁶⁶.

Nell'applicazione di tale disposizione, la principale difficoltà per giudice nazionale attiene alla qualificazione di una misura nazionale come "aiuto di Stato" ai sensi del Trattato. Tale qualificazione si rivela ancora più problematica in relazione all'esigenza di distinguere tra gli aiuti e le misure generali di politica economica ovvero di riscontrare il carattere di un aiuto statale rispetto ad acquisizioni o partecipazioni statali al capitale di società o, ancora, di definire il carattere selettivo di una misura nazionale³⁶⁷. Peraltro, il compito del giudice nazionale è reso ulteriormente arduo dalla circostanza che la Corte, nel noto caso *CELF* (si vedano i successivi paragrafi del presente lavoro), ha riconosciuto che "*possono esservi casi eccezionali nei quali non sarebbe opportuno disporre il recupero dell'aiuto*". Così si verifica, in particolare, quando il beneficiario possa invocare circostanze particolari sulle quali abbia potuto fondare il proprio legittimo affidamento circa la regolarità dell'aiuto e quando il giudice nazionale statuisca dopo che la Commissione abbia già dichiarato la compatibilità dell'aiuto. Nella prima ipotesi, la Corte tende verosimilmente a salvaguardare l'applicazione dei principi generali dell'ordinamento (ciò è previsto peraltro dall'art. 14, par. 1, del reg. n. 659/99 ai sensi del quale la Commissione "*non impone il recupero dell'aiuto qualora ciò sia in contrasto con un principio generale del diritto comunitario*"). Nella seconda ipotesi, la decisione del giudice nazionale non avrebbe utilità

³⁶⁶ V. anche Corte di giustizia, 21 ottobre 2003, *van Calster e a.*, cit., punto 64, ove si aggiunge che "*siffatta inosservanza, dedotta dai singoli che possono farla valere ed accertata dai giudici nazionali, deve indurre questi ultimi a trarne tutte le conseguenze, conformemente al loro diritto nazionale, per quanto riguarda tanto la validità degli atti che comportano l'esecuzione delle misure d'aiuto in questione, quanto il recupero degli aiuti finanziari concessi*".

³⁶⁷ Un caso recente che dimostra la difficoltà di accertare il carattere selettivo dell'aiuto è evidenziato dalla sentenza resa su domanda pregiudiziale della Corte costituzionale italiana riguardo all'imposta regionale sullo scalo stabilita dalla Regione Sardegna (Corte Cost., 17 novembre 2009, causa C-169/08, *Presidente del Consiglio dei ministri c. Regione Sardegna*, in *Racc.*, p. I-10821).

poiché la finalità perseguita dalla sospensione – che tende ad evitare che siano erogati aiuti incompatibili – è comunque assicurata quando la Commissione abbia già dichiarato la compatibilità della misura nazionale³⁶⁸.

Possono, inoltre, essere proposte dinanzi alle giurisdizioni nazionali azioni per il risarcimento del danno nei confronti dello Stato membro che abbia concesso un aiuto in violazione degli obblighi di notifica e di sospensione stabiliti dal Trattato. La violazione dell'obbligo di sospensione può far sorgere la responsabilità dello Stato membro, conformemente al principio enunciato dalla Corte nella sentenza *Francovich* e nella giurisprudenza successiva, purché sussistano le condizioni che la Corte ha enunciato a tal fine³⁶⁹. L'accertamento di tali condizioni può presentare difficoltà specie in relazione al requisito del carattere sufficientemente grave della violazione. La Comunicazione del 2009 sembra prospettare che la violazione dell'obbligo di notifica e di sospensione sarebbe di per sé sufficientemente grave in quanto “*le autorità dello Stato membro non godono di alcun potere discrezionale di non notificare misure di aiuto di Stato*” e quindi “*non possono, in linea di principio, sostenere che erano al corrente della clausola di sospensione*” (punto 47). Tuttavia, si può obiettare che le già rilevate incertezze che possono presentarsi nella qualificazione di una determinata misura nazionale quale aiuto statale ai sensi delle disposizioni del TFUE potrebbero talora portare ad escludere la gravità della violazione³⁷⁰.

³⁶⁸ Il giudice nazionale è tuttavia “*tenuto ad ordinare al beneficiario dell'aiuto il pagamento degli interessi per il periodo d'illegalità*”: Corte di giustizia, 12 febbraio 2008, *CELF*, cit., punto 52.

³⁶⁹ Corte di giustizia, 19 novembre 1991, cause riunite C-46/93 e C-48/90, *Francovich*, in *Racc.*, p. I-5357; 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pecheur e Factortame*, in *Racc.*, p. I-1029.

³⁷⁰ Cfr. ADINOLFI, *Gli strumenti di cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione*, Op. Cit., p. 184; SCHEPISI, *Il private enforcement dell'art. 108, par. 3, TFUE*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Pace (a cura di), Jovene, 2013, p. 600 ss.

E' opportuno precisare che il ruolo dei giudici nazionali può assumere rilevanza anche a seguito della decisione della Commissione che abbia dichiarato l'incompatibilità dell'aiuto. In particolare, in relazione all'esecuzione delle decisioni di recupero adottate in base all'art. 14, par. 1, del re. 659/99³⁷¹. In tale ipotesi la decisione del giudice nazionale non implica delle significative valutazioni discrezionali, tuttavia, occorrerà talora accertare se le misure adottate siano idonee a ristabilire le condizioni di concorrenza³⁷² o se vi siano circostanze eccezionali che ostano alla decisione di recupero ovvero calcolare l'importo da recuperare e i relativi interessi³⁷³. Inoltre, la mancata esecuzione da parte delle autorità nazionali di una decisione di recupero può far sorgere una responsabilità dello Stato membro al risarcimento dei danni. Quindi, il giudice nazionale potrà essere adito con un'azione di risarcimento proposta nei confronti dello Stato inadempiente.

Evidentemente la circostanza che non sia stata stabilita una forma di decentramento del controllo di compatibilità degli aiuti rispetto al Trattato rende meno significativo il ruolo dei giudici nazionali e riduce anche l'interesse delle imprese a proporre ricorsi. I giudici nazionali potranno, infatti, dichiarare l'illegittimità dell'aiuto per violazione di regole procedurali adottando le conseguenti misure a tutela dei privati, ma non

³⁷¹ L'art. 14 del regolamento prevede, infatti, al par. 1, che nel caso di "*decisioni negative relativi ai casi di aiuti illegali la Commissione adotta una decisione con la quale impone allo Stato membro interessato di adottare tutte le misure necessarie per recuperare l'aiuto dal beneficiario*" e precisa, al par. 3, che in caso di procedimenti dinanzi ai tribunali nazionali "*gli Stati membri interessati adottano tutte le misure necessarie disponibili nei rispettivi ordinamenti giuridici, comprese le misure provvisorie, fatto salvo il diritto comunitario*".

³⁷² Se infatti lo Stato membro è libero di scegliere i mezzi con i quali adempiere all'obbligo di recupero dell'aiuto illegittimo, tuttavia, conformemente al principio di effettività, occorre che "le misure da esso adottate siano idonee a ristabilire le normali condizioni della concorrenza che sono state falsate dalla concessione dell'aiuto illegittimo, il cui recupero è ordinato sulla base di una decisione della Commissione"; così, da ultimo, Corte di giustizia, 20 maggio 2010, causa C-210/09, *Scott SA*, in *Racc.*, p. I-243, punto 22.

³⁷³ VECCHIETTI – LIBERATI, *La cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Pace (a cura di), Jovene, 2013, p. 815 ss.

accertarne l'incompatibilità con il Trattato. L'esigenza di riservare alla Commissione il potere esclusivo di decidere circa la compatibilità dell'aiuto appare giustificata, del resto, in considerazione dello spazio di apprezzamento lasciato dal Trattato in merito a tale valutazione e dal carattere eminentemente tecnico dell'accertamento richiesto. A ciò si aggiunge l'esigenza che, ai fini del corretto funzionamento del mercato comune, sia operata una valutazione uniforme sulla base dei criteri stabiliti dal Trattato.

Occorre osservare che l'efficacia della tutela giurisdizionale nazionale è tuttavia condizionata dalla presenza di norme procedurali che consentano una protezione adeguata. Anche nell'applicazione delle norme dell'Unione sugli aiuti di Stato compete al giudice nazionale valutare, secondo quanto stabilito in via generale, se le norme procedurali nazionali forniscano una tutela giurisdizionale effettiva e non meno favorevole di quella prevista in relazione alla tutela di diritti conferiti da norme interne³⁷⁴. Rispetto agli aiuti di Stato ciò assume particolare rilevanza giacché la presenza di termini o di condizioni rigorose può pregiudicare la tutela delle imprese.

4. Le modalità di cooperazione tra Commissione e giudici: le informazioni e i pareri.

L'esercizio da parte dei giudici nazionali delle funzioni che ad essi spettano in applicazione delle disposizioni sugli aiuti di Stato comporta l'esigenza di dotarli di strumenti adeguati, anche in considerazione del carattere

³⁷⁴ Secondo l'orientamento ormai consolidato della Corte, per il quale, in assenza di normative di autorizzazione, le regole processuali nazionali applicate ai fini della tutela di diritti conferiti da norme dell'Unione devono rispondere a determinati requisiti, espressi attraverso i principi di equivalenza e di effettività. Nella formulazione che spesso si riscontra nella giurisprudenza, "in assenza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascun Stato membro indicare i giudici competenti e fissare le procedure giurisdizionali destinate a garantire la tutela dei diritti che derivano ai singoli dal diritto comunitario, purché, da una parte, tali modalità non siano meno favorevoli di quelle relative ai diritti fondati sull'ordinamento nazionale (principio di effettività": Corte di giustizia, 19 settembre 2006, cause riunite C-392/04 e C-422/04, *i-21 Germany e Arcor*, in *Racc.*, p. I-8559, punto 57.

prettamente tecnico delle valutazioni necessarie al fine di accertare se si sia in presenza di un aiuto di Stato e, in tal caso, se questo si configura come illegittimo. Nel delineare gli strumenti che possono agevolare il compito del giudice nazionale nell'applicazione delle disposizioni sugli aiuti di Stato, la Commissione muove dall'obbligo di leale cooperazione in virtù del quale essa “è tenta ad assistere le giurisdizioni nazionali allorché applicano il diritto comunitario”³⁷⁵. Inoltre la Commissione fa riferimento allo scarso successo della Comunicazione del 1995³⁷⁶ manifestando il suo intento di fare un nuovo tentativo per istituire una più stretta collaborazione con i giudici nazionali attraverso dei meccanismi di sostegno più pratici e più semplici. Tali meccanismi, sono individuati nelle informazioni e nei pareri che i giudici nazionali possono richiedere alla Commissione, sottolineando che ci “si ispira alla comunicazione sulla cooperazione antitrust”³⁷⁷. In realtà, gli strumenti delineati presentano rilevanti differenze rispetto a quelli operanti ai fini dell'applicazione delle disposizioni sulla concorrenza rivolte alle imprese³⁷⁸.

Occorre innanzitutto considerare che la cooperazione tra giudici nazionali e Commissione in materia *antitrust* tende essenzialmente a garantire l'uniformità di applicazione delle disposizioni del Trattato nonché il coordinamento delle norme dell'Unione con quelle nazionali; rispetto agli aiuti di Stato sono invece prevalenti l'interesse ad un corretto adempimento dell'obbligo di notifica, volto ad evitare che siano erogati aiuti incompatibili con il Trattato. E' opportuno muovere da tali differenze poiché esse determinano l'esigenza di una diversa struttura del “dialogo” tra

³⁷⁵ Corte di giustizia, 11 luglio 1996, *SFEI*, cit., punto 50.

³⁷⁶ Comunicazione *sulla cooperazione tra giudici nazionali e Commissione in materia di aiuti di Stato*, in *G.U.* n. C312 del 23 novembre 1995, p.8.

³⁷⁷ Ovvero alla Comunicazione *relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri ai fini dell'applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato CE*, in *G.U.* n. C 101 del 27 aprile 2004, p. 54.

³⁷⁸ Cfr. ADINOLFI – DANIELE – NASCIMBENE – AMADEO (a cura di), *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza (Commentario al Regolamento CE n. 1/2003)*, Milano, Giuffrè, 2005, p.176.

giudici nazionali e Commissione. In particolare, ciò spiega le ragioni per le quali la Comunicazione del 2009 delinea gli strumenti di carattere “unidirezionali”, contemplando solo la possibilità che il giudice nazionale si avvalga della collaborazione della Commissione. Soprattutto non si riscontra il potere della Commissione di intervenire nel procedimento nazionale attraverso il ruolo di *amicus curiae*. Infatti, risulta attenuata, riguardo agli aiuti statali, l'esigenza di avvalorare il ruolo-guida della Commissione poiché la competenza alla valutazione di compatibilità degli aiuti spetta, come sopra rilevato, in via esclusiva alla Commissione stessa.

Dalla Comunicazione del 2009 appare chiaro che gli strumenti di cooperazione interessano la Commissione e i giudici nazionali, escludendo da tale dialogo le parti del giudizio. Viene sottolineato, infatti, che la Commissione “*si impegna a mantenersi neutrale e obiettiva*” e, richiamandosi al suo dovere di difendere l'interesse pubblico, afferma di non avere “*alcuna intenzione di servire l'interesse delle parti della causa pendente e perciò non intende sentire nessuna delle parti*”.

Come si è sopra segnalato, possono presentarsi in un giudizio nazionale varie difficoltà nell'applicazione delle disposizioni del Trattato sugli aiuti statali, tra le quali la principale concerne la qualificazione delle misure nazionali. A tal fine, i giudici possono trarre indicazioni dalle comunicazioni della Commissione e dagli orientamenti sull'applicazione delle regole in materia di aiuti di Stato.

La prima modalità di cooperazione tra giudici nazionali e Commissione consiste nella facoltà per i primi di richiedere informazioni alla seconda. L'obbligo della Commissione di fornire le informazioni si configura come espressione del principio di leale collaborazione. Infatti, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia risulta che “*in forza dell'obbligo di leale collaborazione tra le istituzioni comunitarie e gli Stati membri sancito*

dall'art. 5 del Trattato (...), la Commissione deve rispondere senza indugio alle domande dei giudici nazionali"³⁷⁹.

Diverse sono le motivazioni per le quali il giudice nazionale può avere interesse ad ottenere delle informazioni. Ad esempio quando intende verificare se gli obblighi posti dall'art. 108 TFUE siano stati rispettati; in questo caso si rivolgerà alla Commissione per accertare se essa abbia avviato un procedimento di controllo sulla base del Trattato, se un aiuto sia stato notificato o se, ancora, la Commissione abbia avviato un'indagine formale e, in tal caso, quali siano i tempi previsti per espletarla ovvero se la decisione sia già stata adottata. Può talora essere necessario ottenere informazioni anche di carattere più generale, quali statistiche, dati, analisi economiche e di mercato.

Inoltre, l'obbligo di collaborazione della Commissione si esprime attraverso la facoltà attribuita al giudice nazionale di chiedere parere su questioni relative all'applicazione della normativa sugli aiuti di Stato. Il parere può avere ad oggetto tutte le questioni economiche, di fatto e di diritto, che possono sorgere nel contesto di procedimenti nazionali. In via esemplificativa, si indica nella Comunicazione del 2009 che il giudice può chiedere alla Commissione di chiarire, tra l'altro, se una determinata misura nazionale configuri un aiuto di Stato. Tale qualificazione costituisce senza dubbio la questione più rilevante che può porsi dinanzi al giudice nazionale; essa ha, infatti, carattere preliminare rispetto all'accertamento dell'obbligo di notifica e di sospensione, dal quale derivano implicazioni quali la decisione di ordinare il recupero dell'aiuto o di riconoscere la responsabilità per danni dello Stato membro. Si indica che il parere può anche tendere a chiarire dubbi sul calcolo dell'importo dell'aiuto (punto 91), in particolare, al fine di ordinarne il recupero³⁸⁰, e sul calcolo degli

³⁷⁹ Corte di giustizia, 11 luglio 1996, *SFEI*, cit., punto 50.

³⁸⁰ Poiché la Commissione non è tenuta ad indicare l'importo preciso dell'aiuto da restituire, tale compito è generalmente lasciato alle autorità nazionali: cfr. Corte di

interessi nonché a precisare se una misura di aiuto rientri in un regime già autorizzato oppure si configuri come un aiuto di Stato esistente ai sensi del Trattato. Nella Comunicazione del 2009 si aggiunge che il giudice potrà chiedere anche alla Commissione di indicare se esistano circostanze eccezionali tali da impedire allo stesso di ordinare il recupero. Il riferimento a quest'ultima ipotesi suscita, tuttavia, delle perplessità, giacché sembra delineare una questione interpretativa del diritto dell'Unione che andrebbe piuttosto sottoposta alla Corte di giustizia attraverso il rinvio pregiudiziale. Coerentemente con la mancanza del potere del giudice nazionale di valutare la compatibilità di un aiuto con il mercato comune dovrebbe essere esclusa la possibilità che il parere abbia ad oggetto tale questione. Invero, secondo un'interpretazione confortata peraltro da altre versioni linguistiche della Comunicazione³⁸¹, è da escludersi che la Commissione possa esprimersi attraverso il parere circa la compatibilità dell'aiuto. Essa potrà tanto trasmettere informazioni sull'iter del procedimento di controllo eventualmente in corso, nonché sui tempi previsti per l'adozione di una decisione; ciò può avere senz'altro rilevanza nel giudizio nazionale, in particolare ai fini di disporre la sospensione dell'erogazione di un aiuto ritenuto illegittimo.

giustizia, 12 ottobre 2000, causa C-480/98, *Spagna c. Commissione*, in *Racc.*, p. I-8717, punto 25.

³⁸¹ Dal testo inglese (“*Whilst the Commission cannot, therefore, provide opinions on compatibility...*”), come pure da quello francese (“*Bien que la Commission ne puisse donc pas délivrer des avis sur la compatibilité...*”) e tedesco (“*Daher kann die Kommission zwar keine Stellungnahmen zur Vereinbarkeit abgeben...*”) sembra indubbio che la Commissione non possa esprimersi, nel parere, circa la compatibilità dell'aiuto.

CAPITOLO II

Rimedi azionabili dai privati contro il beneficiario di aiuti illegali e risarcimento del danno: recenti sviluppi

1. La clausola di sospensione.

Il sistema comunitario di controllo sugli aiuti di Stato si basa sull'art. 108, par. 3, TFUE, il quale impone agli Stati membri due obblighi precisi: la preventiva notifica alla Commissione degli aiuti progettati e la sospensione dell'attuazione di questi fino alla decisione della Commissione che ne accerta la compatibilità con il mercato comune (c.d. clausola di sospensione)³⁸². Se lo Stato membro viola detti obblighi ed attua subito la misura progettata, l'aiuto in questione è considerato illegale.

L'imposizione di tali obblighi rappresenta una "*clausola di salvaguardia del sistema di controllo*" sugli aiuti di Stato, il quale, a sua volta, è "*essenziale per garantire il funzionamento del mercato comune*"³⁸³. In effetti, la notifica e il preventivo controllo di compatibilità, consentono di evitare l'attuazione di misure statali incompatibili, che possono pregiudicare il commercio tra gli Stati membri e falsare la concorrenza o, comunque, produrre sul mercato comune distorsioni concorrenziali superiori ai vantaggi di interesse generale perseguiti dalle misure programmate³⁸⁴.

Avendo un contenuto preciso e incondizionato, l'art. 108, par. 3, TFUE gode di efficacia diretta. Tale norma, pertanto, attribuisce ai singoli diritti che i giudici nazionali sono tenuti a garantire³⁸⁵.

³⁸² La clausola di sospensione, prevista dall'art. 108, par. 3, TFUE è ribadita all'art. 3 del Regolamento CE n. 659/1999, *recante modalità di applicazione dell'art. 93 del Trattato CE*, in *G.U.* n. L 83 del 27 marzo 1999, p.1.

³⁸³ Corte di giustizia, 9 ottobre 1984, cause riunite 91/83 e 127/83, *Heineken*, in *Racc.*, p. 3435, punto 20.

³⁸⁴ ROCCHINI, *Il private enforcement dell'art. 108, par. 3, TFUE*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Pace (a cura di), Jovene, 2013, p. 778 ss.

³⁸⁵ Cfr. PORCHIA, *Il procedimento di controllo degli aiuti pubblici alle imprese (tra ordinamento comunitario e ordinamento interno)*, Napoli, Jovene, 2001, p. 123 ss.;

In particolare, in questo paragrafo verranno definiti i rimedi che le giurisdizioni degli Stati membri hanno il potere di adottare, in caso di violazione della clausola di sospensione, contro il beneficiario dell'aiuto illegale che la Commissione ha dichiarato compatibile con il mercato comune, prima o nel corso del giudizio nazionale. A tal fine, una particolare attenzione verrà riservata al rimedio di recente introdotto dalla sentenza *CELF I*³⁸⁶. Si vedrà come tale pronuncia rettifica la giurisprudenza preesistente, senza tuttavia destrutturare il sistema comunitario di controllo sugli aiuti di Stato e il ruolo che, in tale sistema, spetta ai giudici nazionali. Inoltre, per una migliore esposizione dei temi affrontati, verranno fatti dei brevi cenni sul ruolo che i giudici nazionali ricoprono in virtù dell'efficacia diretta della clausola di sospensione e sui rimedi che essi possono adottare nel caso di violazione di detta clausola. Infine, il lavoro si concentrerà sulla specifica soluzione introdotta dalla sentenza *CELF I*, valutandone l'appropriatezza e un profilo problematico ancora irrisolto. Si darà conto anche delle precisazioni di recente apportate al tema in esame dalla sentenza *CELF II*.

La Corte ha chiarito che i giudici nazionali ricoprono un ruolo “distinto” e “complementare” rispetto a quello della Commissione³⁸⁷. Infatti, mentre la valutazione della compatibilità delle misure di aiuto rientra nella competenza esclusiva di quest'ultima, i giudici nazionali provvedono alla salvaguardia dei diritti dei singoli in caso di inadempimento dell'obbligo di previa notifica. Il sistema di controllo risulta, quindi, articolato sul

Flynn, *The Role of National Courts*, in Biondi – Eeckhout – Flynn, *The law of State aid in the European Union*, Oxford, 2004, p. 323 ss;

³⁸⁶ Corte di giustizia, 12 febbraio 2008, causa C-199/06, *Centre d'exportation du livre français (CELF I)*, in *Racc.*, p. I-469. In dottrina cfr. Cheynel, *Affaire CELF: orthodoxie de l'Avocat général contre hérésie de la Commission, à la Cour de trancher*, in *Rev. Lamy Conc.*, 2007, 12, p. 43; Jaeger, *The CELF-Judgment: A Precarious Conception of the Standstill Obligation*, in *Eur. State Aid Law Quarterly*, 2008, p. 279; Wagner, *La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Arrêts “Centre d'exportation du livre français (CELF)”*, in *Rev. Dr. Un. Eur.*, 2008, 2, p. 351.

³⁸⁷ Corte di giustizia, 11 luglio 1996, *SFEI*, *cit.*, punto 41.

contributo di diversi soggetti istituzionali che perseguono, tramite i poteri loro attribuiti, l'esigenza (generale) di corretto funzionamento del mercato interno e quella (particolare) di tutela delle posizioni individuali lese dalla prematura concessione dell'aiuto. Tale articolazione rende il sistema, almeno in via di principio, ragionevolmente completo.

La Corte ha inoltre precisato che il ruolo dei giudici nazionali ha natura *“sostanzialmente preventiva”*³⁸⁸, nel senso che essi devono *“salvaguardare, fino al momento del giudizio finale da parte della Commissione, i diritti delle parti di fronte ad un'eventuale inosservanza”* dell'obbligo di notifica³⁸⁹. In particolare, le giurisdizioni degli Stati membri sono tenute a *“garantire che gli effetti del regime di aiuti non si producano prima che la Commissione abbia avuto un termine ragionevole per esaminare a fondo il progetto”* e per dissipare ogni dubbio circa la compatibilità di questo con il mercato comune³⁹⁰. In attesa delle determinazioni della Commissione essi devono, quindi, intervenire allo scopo di evitare che la prematura concessione dell'aiuto determini distorsioni della concorrenza ovvero, se si sono già prodotte, allo scopo di neutralizzare gli effetti pregiudizievoli che i privati hanno subito.

2. I rimedi azionabili in presenza di un aiuto illegale. In particolare, il recupero integrale dell'aiuto.

Ciò posto in via di principio, bisogna ora chiedersi quale può essere l'oggetto dell'intervento delle giurisdizioni nazionali. In altri termini, si tratta di capire quali sono i rimedi azionabili in presenza di un aiuto illegale. Al riguardo, va preliminarmente sottolineato che né il Trattato, né il reg. n. 659/99 disciplinano espressamente la questione. Quest'ultimo regolamento, infatti, codifica e legittima la prassi della Commissione in materia di esame

³⁸⁸ Corte di giustizia, 15 giugno 2006, cause riunite C-393/04 e C-41/05, *Air Liquide Industries Belgium*, in *Racc.*, p. I-5293, punto 44.

³⁸⁹ Corte di giustizia, 21 novembre 1991, *Saumon*, *cit.*, punto 14.

³⁹⁰ Corte di giustizia, 9 ottobre 19984, *Heineken*, *cit.*, punto. 20.

degli aiuti di Stato e non contiene alcuna disposizione relativa ai poteri e agli obblighi dei giudici nazionali. Allo stato attuale, tali aspetti sfuggono a una compiuta regolamentazione comunitaria.

In assenza di siffatta regolamentazione, pertanto, la disciplina delle misure che il giudice nazionale può disporre spetta, in linea di massima, agli Stati membri, i quali peraltro – nell'esercizio della loro autonomia procedurale – sono tenuti a rispettare i noti vincoli dell'equivalenza e dell'effettività.

In più occasioni la Corte ha fornito indicazioni sufficientemente chiare e precise in merito ai rimedi da disporre, modulandoli alla luce del principio di effettività, nonché a seconda del tipo di misura di aiuto attuata, del singolo che deve essere tutelato (concorrenti del beneficiario o altri terzi interessati) e del destinatario dell'azione proposta (Stato membro o beneficiario dell'aiuto). Alla luce di queste variabili, la Corte ha preso in considerazione un ventaglio piuttosto ampio di rimedi che comprende sia misure provvisorie, sia strumenti definitivi di tutela. E ancora, tra questi ultimi, sia azioni dirette all'annullamento dell'atto di esecuzione, sia alla riparazione delle conseguenze pregiudizievoli che esso ha prodotto in capo ai privati i quali, pertanto, possono richiedere – a seconda dei casi – il risarcimento dei danni, il rimborso delle tasse parafiscali e asimmetriche e, soprattutto, l'integrale recupero dell'aiuto concesso (come meglio si vedrà nei prossimi paragrafi). Il rimedio naturale contro la violazione della clausola di sospensione è senz'altro rappresentato dalla condanna del beneficiario all'integrale rimborso dell'aiuto illegale³⁹¹.

In effetti, la Corte aveva affermato che la violazione dell'art. 108, par. 3, TFUE “*deve, in via di principio, comportare il recupero*” immediato della

³⁹¹ Va sottolineato che il recupero deve comprendere non solo l'importo nominale dell'aiuto, ma anche gli interessi a partire dal giorno in cui l'aiuto illegale è stato posto a disposizione del beneficiario fino al giorno in cui esso è effettivamente recuperato. In effetti, il recupero mira a rimuovere l'intero vantaggio economico indebitamente goduto dal beneficiario, vantaggio che per l'appunto copre anche gli interessi che il beneficiario sarebbe stato costretto a pagare per reperire sul mercato i fondi illegalmente messi a sua disposizione.

misura illecitamente attuata³⁹². I giudici nazionali, pertanto, “*devono, in principio, accogliere una domanda di rimborso degli aiuti versati*”, senza poter sospendere il procedimento in attesa della decisione della Commissione che si pronunci sulla loro compatibilità³⁹³. Soltanto in via del tutto eccezionale, tale domanda può essere rigettata per la presenza di un fatto, specifico e concreto, che abbia suscitato un legittimo affidamento del beneficiario alla conservazione dell’aiuto erogato senza rispettare l’obbligo di notifica.

Il problema che ci si è allora posti è se il recupero continua ad essere il rimedio più adeguato anche quando, prima o in pendenza del giudizio nazionale, la Commissione ha dichiarato che l’aiuto illegale è compatibile con il mercato comune.

Ebbene, nel prosieguo del presente lavoro verranno esaminate le diverse soluzioni che possono essere date a detto problema.

Secondo un primo orientamento, il recupero dell’aiuto illegale rappresenterebbe il rimedio più adeguato. Anche in presenza di una decisione di compatibilità, il giudice nazionale cui fosse stato chiesto di disporre la ripetizione di aiuti dovrebbe pertanto accogliere tale domanda.

L’approccio, assai rigoroso, è basato su due argomenti principali.

Il primo è legato a quella giurisprudenza della Corte che ha costantemente dichiarato l’inidoneità della decisione positiva a sanare l’illegalità dell’aiuto. Secondo la Corte, infatti, tale decisione non ha l’effetto di regolarizzare, a posteriori, gli atti di esecuzione invalidi per il fatto di essere stati adottati in violazione dell’art. 108, par. 3, TFUE. Se ne dovrebbe

³⁹² V. Corte di giustizia, 11 luglio 1996, *SFEI e a.*, cit., punto 68. L’affermazione è del tutto coerente visto che, da un lato, il compito del giudice è quello di tutelare i singoli in via preventiva, ripristinando la situazione concorrenziale che esisteva prima dell’illegittima attuazione della misura contestata e che, dall’altro, l’immediato recupero integrale dell’aiuto persegue proprio tale obiettivo.

³⁹³ Nella sentenza *SFEI e a.*, cit., la Corte di giustizia ha precisato che “*l’avvio da parte della Commissione di un procedimento di esame preliminare ai sensi dell’art. 93, n. 3, o del procedimento di esame in contraddittorio di cui all’art. 93, n. 2, non può liberare i giudici nazionali dall’obbligo di salvaguardare i diritti degli amministratori in caso di violazione dell’obbligo di notifica preventiva*” (punto 44).

desumere che, permanendo l'invalidità di tali atti, il recupero integrale dell'aiuto dovrebbe continuare ad essere disposto, dato che esso rappresenta il rimedio naturale contro la discussa violazione.

Un secondo argomento attiene poi alla necessità di tutelare l'effetto utile della clausola di sospensione. In questa prospettiva, soltanto il recupero costituirebbe una sanzione sufficientemente dissuasiva dell'inosservanza di detta clausola.

Aderendo a tale impostazione, l'Avv. Gen. Jacobs ha sostenuto che *“qualora. Per un determinato regime di aiuti, compatibile o meno con il mercato comune, l'inosservanza dell'art. 88, n. 3, CE, non comportasse rischi o svantaggi superiori alla sua osservanza, l'incentivo per gli Stati membri a procedere alla notifica e attendere la decisione sulla compatibilità sarebbe fortemente ridotto – così come sarebbe fortemente ridotta, di conseguenza, la portata del controllo della Commissione”*³⁹⁴.

Nella stessa prospettiva, l'Avv. Gen. Mazàk ha sottolineato che *“al fine di preservare il sistema di controllo degli aiuti di Stato (...), l'inosservanza degli obblighi dell'art. 88, n. 3, CE deve costituire più di una semplice irregolarità procedurale rimediabile ex post facto con una decisione della Commissione attestante la compatibilità dell'aiuto con il mercato comune”*. Secondo Mazàk, un diverso approccio *“limiterebbe in maniera considerevole gli incentivi per gli stati membri a conformarsi all'art. 88, n. 3, nonché la portata dell'obbligo della Commissione di controllare gli aiuti di Stato prima che vi sia data esecuzione”*³⁹⁵. Gli Avvocati generali internazionali concordano, quindi, che le violazioni dell'art. 108, par. 3 TFUE devono essere soggette ad una “sanzione dissuasiva”. Tale sanzione sarebbe proprio la condanna del beneficiario alla restituzione dell'aiuto illegale, compatibile o meno con il mercato comune.

³⁹⁴ Conclusioni del 29 novembre 2005 nella causa C-368/04, 5 ottobre 2006, *Transalpine Olleitung in Österreich*, in *Racc.*, p. I-9957, punti 41-54.

³⁹⁵ Conclusioni dell'Avv. Gen. Mazàk del 24 maggio 2007, nella causa *CELF I*, cit., punto 31.

E' tuttavia necessario precisare che questo approccio rigoroso è stato rettificato dalla Corte nella sentenza *CELF I*.

3. (Segue) L'orientamento più recente e il caso CELF I.

Nel caso *CELF* venivano in rilievo le sovvenzioni versate dal 1980 al 2002 dallo Stato francese ad un'impresa (il *Centre d'exportation du livre français* – CELF), che gestiva gli ordinativi dall'estero di libri francesi. Attraverso tali sovvenzioni, mai notificate alla Commissione, la Francia si proponeva di agevolare la promozione della cultura francese del mondo.

A seguito di una denuncia di un ricorrente del *CELF* (la *Société internationale de diffusion et d'édition* – SIDE), la Commissione si era pronunciata sugli aiuti in questione con tre successive decisioni, nelle quali detti aiuti erano sempre stati considerati compatibili con il mercato comune, ai sensi dell'art. 87, par. 3, lett. d), TCE (ora 107, par. 3, lett. d), TFUE). Va ricordato che al momento dei fatti di causa, le prime due decisioni erano state annullate, per diverse ragioni, dal tribunale di primo grado, mentre il giudizio di validità della terza pendeva ancora. Successivamente, anche la terza decisione è stata annullata³⁹⁶.

Dopo la prima sentenza di annullamento, la SIDE si era rivolta alle competenti autorità francesi, chiedendo loro di cessare il versamento delle sovvenzioni e di recuperare gli importi già pagati a CELF. Il rifiuto delle autorità francesi aveva fatto sorgere un contenzioso, giunto fino al Conseil d'Etat, il quale aveva sottoposto alla Corte, ai sensi dell'art. 234 CE (ora

³⁹⁶ V. Tribunale di Primo grado, 18 settembre 1995, causa T-49/93, *SIDE c. Commissione*, in *Racc.*, p. II-2501; 28 febbraio 2002, causa T-155/98, *SIDE c. Commissione*, in *Racc.*, p. II-1179. V. anche Trib. Primo grado, 15 aprile 2008, causa T-348/04, *SIDE c. Commissione*, in *Racc.*, p. II-625, con la quale il tribunale ha annullato la decisione 2005/262/CE della Commissione che per la terza volta aveva considerato compatibili con il mercato comune gli aiuti in favore di CELF. Va segnalato che dopo la terza sentenza del tribunale, il *Conseil d'Etat* ha sottoposto, ai sensi dell'art. 234 CE, due nuovi quesiti pregiudiziali, con i quali esso ha chiesto alla Corte di precisare le conseguenze del sopravvenuto annullamento sul procedimento nazionale e sull'obbligo di recupero dell'aiuto che per tre volte la Commissione ha approvato. La Corte ha risposto ai nuovi quesiti con la sentenza *CELF II* (come si vedrà nel successivo paragrafo).

267 TFUE), due quesiti pregiudiziali. In particolare, la Suprema Corte francese aveva chiesto se l'art. 88, par. 3, ultima frase, TCE dovesse essere interpretato nel senso che il giudice nazionale era tenuto ad ordinare il recupero di un aiuto versato in violazione di detta disposizione, anche qualora la Commissione avesse adottato una decisione finale attestante la compatibilità dell'aiuto stesso.

Nella sentenza *CELF I*, la Corte ha risposto che “*anche in mancanza di circostanze eccezionali*” il diritto comunitario non impone al giudice nazionale “*un obbligo di recupero integrale dell'aiuto illegittimo*” poi dichiarato compatibile dalla Commissione. In effetti, in tal caso il diritto comunitario prescrive soltanto di ordinare al beneficiario “*il pagamento degli interessi per il periodo dell'illegittimità*” (punti 46 e 47).

Per giungere a tale conclusione la Corte ha seguito un *iter* logico che si articola in due passaggi.

Innanzitutto, la Corte ha cercato di evidenziare la *ratio* dell'art. 88, par. 3, TCE, sottolineando che tale norma “*è fondata sul fine cautelare di garantire che non venga mai data esecuzione ad un aiuto incompatibile*” (punto 47). A tale riguardo, peraltro, ha precisato che qualora la Commissione adotti una decisione positiva, tale obiettivo non sarà stato contraddetto dal versamento dell'aiuto.

Dopo aver precisato la *ratio* della norma citata, la Corte ha focalizzato la sua attenzione sulle conseguenze determinate dall'illecita concessione di un aiuto, dichiarato compatibile dalla Commissione. Al riguardo, essa ha chiarito che l'illegittima esecuzione dell'aiuto fa “*subire*” agli “*operatori diversi dal beneficiario*”, “*prima del dovuto, gli effetti in termini di concorrenza di un aiuto compatibile*” (punto 50). Infatti, la prematura esecuzione determina “*il miglioramento della (...) posizione concorrenziale del beneficiario rispetto agli altri operatori del mercato durante il periodo dell'illegalità*”. Tale miglioramento costituisce un “*vantaggio indebito*”, rappresentato dal “*mancato versamento degli interessi*” che il beneficiario

“avrebbe dovuto corrispondere sull’importo in questione dell’aiuto compatibile qualora avesse dovuto chiedere in prestito tale importo sul mercato in attesa della decisione della Commissione” (punto 51). Secondo la Corte, per garantire l’effetto utile dell’art. 88, par. 3, TCE, il giudice nazionale deve neutralizzare tale vantaggio ed è quindi tenuto, “in forza del diritto comunitario”, a ordinare al beneficiario “il pagamento degli interessi per il periodo dell’illegalità”³⁹⁷ (punto 52).

La soluzione stabilita dalla Corte nella sentenza *CELF I* sembra avere una portata generale. Infatti, è la Corte stessa a sottolineare che “anche in mancanza di circostanze eccezionali” il diritto comunitario non “imponesse un obbligo di recupero integrale”, ma soltanto la condanna al pagamento degli interessi per il periodo dell’illegalità³⁹⁸.

Inoltre, la Corte perveniva a detta soluzione attraverso un’interpretazione teleologica dell’art. 88, par. 3, che prescinde da considerazioni attinenti a condizioni particolari del caso di specie. Sulla base di ciò, ad avviso di chi scrive, non si ritiene che la portata della pronuncia in commento possa essere limitata alla ricorrenza di circostanze di fatto, come quelle proprie del caso *CELF*, anche se non mancano opinioni diverse³⁹⁹.

E’ opportuno rilevare che parte della dottrina ha criticato la soluzione descritta in quanto essa sanzionerebbe la violazione della clausola di sospensione, comminando al beneficiario una punizione (la restituzione

³⁹⁷ Dopo aver stabilito che il diritto comunitario impone al giudice nazionale di ordinare al beneficiario il pagamento degli interessi per il periodo dell’illegalità, la Corte ha svolto due precisazioni ulteriori. La prima è che “nell’ambito del diritto nazionale, all’occorrenza egli può ordinare il recupero dell’aiuto illegittimo, fermo restando il diritto dello Stato membro di dare nuovamente esecuzione a quest’ultimo in un momento successivo”. La seconda, che “egli può altresì essere indotto ad accogliere domande di risarcimento danni causati a motivo dell’illegittimità dell’aiuto” (Corte di giustizia, 12 febbraio 2008, *CELF I*, cit., punto 53).

³⁹⁸ SPITALERI, *I rimedi azionabili contro il beneficiario di aiuti illegali compatibili*, in *La “modernizzazione” della disciplina sugli aiuti di Stato*, Schepisi (a cura di), Giappichelli, 2011, p. 242.

³⁹⁹ JAEGER, *The CELF-judgment: A precarious Conception of the Standstill Obligation*, in *Eur. State Aid Law Quarterly*, 2008, p. 279.

degli interessi) poco efficace⁴⁰⁰. Si è ritenuto, in particolare, che la comminazione di una sanzione così debole equivarrebbe, di fatto, all'ammissione che la decisione positiva della Commissione può sanare a posteriori l'inosservanza dell'obbligo di notifica.

Ad avviso di chi scrive, tale critica non può essere sostenuta per diverse ordini di ragioni. Innanzitutto, non è vero che il recupero mira a punire il beneficiario dell'aiuto illegale. Infatti, secondo la giurisprudenza, il recupero non è una sanzione, ma una misura che consente di ripristinare la situazione concorrenziale che esisteva prima della concessione dell'aiuto. Inoltre, il ruolo dei giudici nazionali non è quello di punire, con una sanzione dissuasiva, la violazione dell'art. 108, par. 3, TFUE. La missione dei giudici in casi come questi è quella di intervenire, conformemente al diritto nazionale, allo scopo di evitare che la prematura concessione dell'aiuto determini distorsioni della concorrenza ovvero, se distorsioni di questo tipo si sono già prodotte, allo scopo di rimuovere gli effetti pregiudizievoli subiti dai privati.

Ciò posto, se si ragiona alla luce di tale prospettiva, il recupero integrale dell'aiuto appare uno strumento ultroneo, mentre la restituzione degli interessi risulta la misura più appropriata per rimediare all'illegalità che è stata commessa e che anche nella prospettiva *CELF* permane e non viene sanata dalla decisione di compatibilità⁴⁰¹. Infatti, la prematura attuazione dell'aiuto compatibile provoca distorsioni della concorrenza che consistono nell'aver rafforzato la posizione sul mercato di un'impresa, mettendo a disposizione di questa una misura che essa avrebbe potuto ottenere solo dopo la decisione positiva della Commissione. Di fatto, nel periodo che va dall'erogazione dell'aiuto alla suddetta decisione (c.d. periodo

⁴⁰⁰ In tal senso, Cheynel, *Affaire CELF: orthodoxie de l'Avocat général contre hérésie de la Commission, à la Cour de trancher*, in *Rev. Lamy Conc.*, 2007, 12, p. 43.

⁴⁰¹ Anche nella sentenza del 12 febbraio 2008, *CELF I*, cit., la Corte ha sottolineato che "la decisione finale della Commissione non può avere l'effetto di sanare a posteriori gli atti di esecuzione invalidi per il fatto di essere stati adottati violando il divieto sancito in tale articolo" (punto 40).

dell'illegalità), il beneficiario ha potuto disporre di un vantaggio pari ad un importo che, se preso a prestito, avrebbe determinato l'insorgere di interessi passivi. Il pagamento allo Stato di tali interessi rimuove con esattezza il vantaggio usufruito. Il recupero integrale dell'aiuto andrebbe invece oltre, imponendo al beneficiario la restituzione di somme superiori a quelli corrispondenti al beneficio illecitamente goduto. D'altra parte, il recupero integrale determinerebbe l'eliminazione completa della misura erogata, e quindi anche degli effetti positivi che hanno indotto la Commissione a dichiararne la compatibilità.

In realtà è la tesi opposta che si presta ad una critica importante che attiene alla coerenza complessiva del sistema di controllo sugli aiuti di Stato.

Com'è noto, in forza della giurisprudenza *Boussac e Tubemeuse*⁴⁰², la Commissione è tenuta a procedere all'esame di compatibilità di un aiuto, anche se questo è illegale. In tal caso, infatti, la Commissione non può prendere una decisione negativa e ordinare il recupero, per il solo motivo che l'obbligo di notifica non è stato rispettato. Secondo la Corte una condotta di questo tipo "condurrebbe ad ammettere che gli aiuti di Stato compatibili con il mercato comune possono essere vietati per delle mere irregolarità di forma"⁴⁰³. E' pertanto necessario che la Commissione apra un'indagine formale al fine di verificare, nel merito, se l'aiuto illegale è compatibile. Solo in caso di decisione negativa, la Commissione ordinerà il recupero dell'aiuto. Nell'ipotesi inversa, il recupero non potrà essere disposto.

Ebbene, la sentenza *CELFI* fornisce al giudice nazionale uno strumento che consente di considerare appieno la decisione di compatibilità e, allo

⁴⁰² Corte di giustizia, 14 febbraio 1990, causa C-301/87, *Francia c. Commissione (Boussac)*, in *Racc.*, I-307; 11 marzo 1990, causa C-142/87, *Belgio c. Commissione (Tubemeuse)*, in *Racc.*, I-959.

⁴⁰³ Corte di giustizia, 14 febbraio 1990, *Boussac*, cit., punto 21.

stesso tempo, di rimuovere con precisione la distorsione della concorrenza causata dall'aiuto illegale che la Commissione ha ritenuto compatibile⁴⁰⁴.

4. (Segue) L'annullamento della decisione di compatibilità e il caso CELF II.

Come si è sopra accennato, mentre la Corte decideva la causa *CELF I*, il Tribunale ha annullato la decisione della Commissione (la terza), che giudicava compatibile l'aiuto erogato a CELF e legittimava, quindi, l'applicazione a detta impresa del rimedio del recupero integrale. A seguito di tale pronuncia, il Conseil d'Etat ha nuovamente interrogato la Corte, sottoponendo ad essa due nuovi quesiti pregiudiziali circa le conseguenze del sopravvenuto annullamento. In particolare, il Conseil d'Etat ha chiesto alla Corte se i giudici nazionali, ai quali è stata presentata un'istanza di rimborso di un aiuto illegale, possono sospendere il procedimento in attesa di una nuova decisione della Commissione; e se l'adozione da parte di questa, di tre decisioni positive, possa di per sé costituire una circostanza eccezionale tale da giustificare una limitazione dell'obbligo di rimborso dell'aiuto.

In risposta al primo quesito la Corte ha anzitutto rilevato che la sentenza di annullamento elimina retroattivamente la decisione positiva che, pertanto, è come se non fosse mai stata presa. In altri termini, la situazione che si crea a seguito dell'annullamento equivale a quella in cui la Commissione non ha ancora adottato nessuna decisione sulla compatibilità dell'aiuto illegale.

Con riferimento al secondo quesito, la Corte ha stabilito che il recupero integrale dell'aiuto non può essere evitato dal beneficiario, invocando i principi di certezza del diritto, di tutela del legittimo affidamento o di proporzionalità. Secondo la Corte, infatti, "*fino a quando la Commissione non abbia adottato una decisione di approvazione e il termine per il ricorso*

⁴⁰⁴ BROUSSY – DONNAT – LAMBERT, *Chronique de jurisprudence communautaire. Aides d'Etat*, in *Act. Jur. – Dr. Admin.*, 2008, p. 874.

avverso una tale decisione non sia scaduto, il beneficiario non ha alcuna certezza in ordine alla legittimità dell'aiuto" e non matura, quindi, alcun legittimo affidamento alla conservazione della misura illegale (punto 53). Orbene, la ripetuta impugnazione di siffatte decisioni e la successione dei relativi annullamenti non rappresentano una circostanza eccezionale che crea in capo al beneficiario un legittimo affidamento, ma sembrano piuttosto elementi idonei ad accrescere i dubbi di questo sulla compatibilità dell'auto erogato. Anche in presenza di una situazione di questo tipo, pertanto, il giudice deve rimediare alla violazione dell'obbligo di notifica, applicando la logica e proporzionata conseguenza di tale violazione, che è per l'appunto l'integrale recupero dell'aiuto.

In definitiva, l'approccio seguito dalla sentenza *CELF II* conferma che, nell'ambito del sistema di controllo sugli aiuti di Stato, il recupero rimane il rimedio "naturale" contro l'inosservanza della clausola di sospensione. In quest'ottica, l'applicazione di tale rimedio viene meno solo in presenza di circostanze del tutto eccezionali che vanno valutate in maniera assai restrittiva. Inoltre, il recupero integrale cede il passo al rimedio (meno grave) indicato nella sentenza *CELF I*, soltanto a seguito di una decisione positiva della Commissione che abbia acquisito carattere di definitività, allo scadere dei termini di ricorso o a seguito dell'esaurimento dei mezzi comunitari di validità.

A parere di chi scrive, quella stabilita dalla sentenza *CELF I* sembra essere una soluzione equilibrata, capace di bilanciare l'esigenza di riconoscere al giudice nazionale adeguati strumenti per la tutela dei singoli con la necessità di preservare l'utilità delle decisioni definitive della Commissione che dichiarano aiuti, non notificati, compatibili con il mercato comune. Non si ritiene che la soluzione da ultimo introdotta aumenti i rischi di violazione dell'art. 108, par. 3, TFUE o riduca l'effetto utile di tale norma. Alla violazione di questa, infatti, consegue comunque un rimedio che consente di neutralizzare tutti i vantaggi indebitamente goduti dal beneficiario,

attraverso il recupero di somme che possono raggiungere importi anche molto elevati. La soluzione scelta dalla Commissione sembra, pertanto, al tempo stesso, un'innovazione equilibrata ed efficace.

5. Il risarcimento del danno e gli aiuti di Stato alle imprese.

In questo delicato momento storico, caratterizzato da una grave crisi finanziaria che si ripercuote in modo allarmante sull'economia reale, è particolarmente avvertita l'esigenza del rispetto delle “regole del gioco” in materia di aiuti di Stato alle imprese.

Una funzione rilevante per il rispetto di tali regole può essere esercitata, oltre che dagli strumenti tradizionalmente utilizzati in questo campo – tra i quali, in primo luogo, il recupero degli aiuti illegittimamente concessi – anche dall'azione di risarcimento dei danni.

Se è vero che l'obbligo risarcitorio a carico degli Stati membri, riconosciuto più volte dalla giurisprudenza della Corte, a partire dalla nota sentenza *Francovich*⁴⁰⁵, rappresenta ormai un principio acquisito del diritto dell'Unione⁴⁰⁶, non sembra che esso sia stato adeguatamente considerato ed utilizzato nel settore degli aiuti di Stato alle imprese. Eppure, l'azione risarcitoria può essere considerata un mezzo idoneo sia a reintegrare la sfera patrimoniale del soggetto leso in modo più efficace rispetto ad altri rimedi, sia ad indurre gli Stati membri a conformarsi in modo puntuale e tempestivo

⁴⁰⁵ Corte di giustizia, 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90, C-9/90, in *Racc.*, p. I-5357.

⁴⁰⁶ Cfr., sul tema della responsabilità risarcitoria degli Stati membri per violazione dell'Unione, *ex multis*, BARAV, *La plénitude des compétences du juge national en sa qualité de juge Communautaire*, in *Mélanges Boulouis*, 1992, p.1; ANAGNOSTARAS, *The principle of State Liability for judicial Breaches: the impact of European Community Law*, in *Eur. Pub. Law.*, 2001, p. 281; SIMON, *La responsabilité des Etats membres en cas de violations du droit communautaire par une jurisdiction supreme*, in *Juris Classeur, Europe*, 2003, p. 3; ALPA, *La responsabilità dello Stato per “atti giudiziari”. A proposito del caso Kobler c. Repubblica d'Austria*, in *Nuova giur. comm. civ. comm.*, 2005, p.1; FERRARO, *La responsabilità risarcitoria degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 2008; BIONDI – FARLEY, *The Right to Damages in European Law*, Amsterdam, Kluwer Law International, 2009.

alla normativa sugli aiuti di Stato alle imprese, riducendo le possibilità che infrazioni analoghe siano nuovamente commesse.

Tuttavia, non è ancora del tutto chiaro in che termini e a quali condizioni quest'azione possa essere promossa.

Sul punto, la Comunicazione concernente la cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione in materia di aiuti di Stato, adottata dalla Commissione nel 2005, si limitava ad affermare la competenza del giudice nazionale a disporre il risarcimento dei danni causati da una violazione dell'art. 108, par. 3, TFUE (ex art. 88, par. 3, TCE), conformemente ai principi sviluppati nella giurisprudenza della Corte di giustizia⁴⁰⁷. Tale atto è stato sostituito nel 2009 da una nuova Comunicazione della Commissione, relativa all'applicazione della legislazione in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali, che ha ravviato il dibattito, soffermandosi sui legittimati attivi e passivi e sulle condizioni necessarie per promuovere l'azione di danni in questo ambito⁴⁰⁸.

Ciò posto, dunque, prima di soffermarci sull'esperibilità del rimedio risarcitorio nel settore degli aiuti di Stato alle imprese, occorre richiamare brevemente alcuni principi di carattere generale.

E' noto che l'azione risarcitoria in tema di aiuti di Stato alle imprese va promossa dinanzi ai giudici nazionali che, in presenza di dubbi, possono o devono, e di ultima istanza, rivolgere alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale di interpretazione ex art. 267 TFUE. In particolare, gli organi giurisdizionali nazionali sono tenuti a trarre tutte le conseguenze giuridiche derivanti da aiuti concessi illegittimamente per violazione degli obblighi di notifica e di *standstill* di cui all'art. 108, par. 3, TFUE, ivi compresi il loro recupero, la loro sospensione e il risarcimento dei danni. La possibilità di chiedere il risarcimento dei danni è, in linea di principio, indipendente da

⁴⁰⁷ In *G.U.*, n. C 312 del 23 novembre 1995, p.8.

⁴⁰⁸ Consultabile sul sito internet della DG Concorrenza della Commissione europea (http://ec.europa.eu/competition/index/_it.html).

qualsiasi indagine parallela della Commissione concernente la stessa misura di aiuto. Un'indagine in corso da parte dell'istituzione dell'Unione non esime il giudice nazionale dall'obbligo di tutelare i diritti individuali in virtù dell'art. 108, par. 3, TFUE.

Inoltre, i giudici nazionali sono legittimati a presentare richieste di assistenza alla Commissione ai sensi della sezione 3 della nuova Comunicazione, in forza del principio di leale cooperazione contenuto nell'art. 4, par. 3, TUE, la cui efficacia è di natura reciproca per perseguire gli obiettivi dell'Unione. La predetta assistenza si esercita anche nelle azioni di danni e può assumere due diverse forme, che si ispirano a strumenti già collaudati nell'ambito del diritto *antitrust*⁴⁰⁹, oltre che ai principi più volte richiamati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia anche in altri campi del diritto dell'Unione⁴¹⁰.

Per un verso, il giudice nazionale può chiedere alla Commissione di trasmettergli le informazioni richieste per motivi attinenti alla necessità di salvaguardare i suoi interessi o quelli di un terzo ovvero per evitare che siano compromessi il funzionamento e l'indipendenza dell'Unione⁴¹¹. A parte questi casi eccezionali, la trasmissione di informazioni non sembra dar luogo ad eccessive difficoltà e può nondimeno risultare di particolare utilità per il giudice nazionale dinanzi al quale pende un giudizio di risarcimento, ciò in quanto gli consentirebbe di venire a conoscenza di una serie di dati rilevanti (come ad es. la violazione degli obblighi di cui all'art. 108, par. 3, TFUE).

Per altro verso, il giudice nazionale può richiedere alla Commissione di esprimere un parere sull'applicazione delle norme in materia di aiuti di

⁴⁰⁹ Comunicazione della Commissione *relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell'UE ai fini dell'applicazione degli articoli 81 e 82 del Trattato CE*, in *G.U.*, n. C 101 del 27 aprile 2004, p. 54, punti 15-30.

⁴¹⁰ Cfr. Corte di giustizia, 26 novembre 2002, causa C-275/00, *Comunità europea c. First NV e Franex NV*, in *Racc.*, p. I-10943. Cfr. Porchia, *principi dell'ordinamento europeo. La cooperazione pluridirezionale*, Bologna, Zanichelli, 2008.

⁴¹¹ VAN BAEL & BELLIS, *Il Diritto comunitario della Concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 1093.

Stato, segnatamente in merito ai requisiti giuridici fissati per le domande di risarcimento dei danni in base al diritto dell'Unione e alle questioni concernenti il calcolo dei danni subiti. Va qui precisato che la Commissione si limita a fornire all'organo giurisdizionale nazionale gli elementi di fatto o i chiarimenti economici e giuridici richiesti, senza però entrare nel merito della controversia. Si tratta peraltro di strumenti utili, che costituiscono un'espressione significativa del principio di leale cooperazione, fornendo meccanismi di sostegno pratici e semplici, ma che a ben vedere sono stati finora poco utilizzati dai giudici nazionali. Il fallimento delle predette forme di collaborazione discende verosimilmente da una scarsa conoscenza, da parte dei giudici nazionali, degli strumenti utilizzabili, dalla diffidenza di tali organi nazionali a coinvolgere la Commissione e nel rischio di allungare i tempi di risoluzione della controversia. L'ultima Comunicazione si propone di rimuovere, almeno in parte, questi impedimenti, atteso che la Commissione si è impegnata a trasmettere ai giudici nazionali le informazioni e i pareri richiesti in tempi piuttosto brevi. Tuttavia ciò non significa che si realizzerà un significativo passo in avanti nella direzione di una piena collaborazione, soprattutto se si tiene conto del fatto che in questo campo, dove l'analisi economica entra prepotentemente nelle aule di tribunale, i giudici nazionali potrebbero preferire rivolgersi a consulenti tecnici piuttosto che affidarsi alla Commissione⁴¹². Peraltro, sul piano strettamente giuridico, l'interlocutore privilegiato del giudice nazionale dovrebbe rimanere la Corte di giustizia ex art. 267 TFUE, considerato che nell'ambito della richiesta di pareri alla Commissione non sono definiti con precisione la procedura da seguire e le garanzie di tutela dei diritti di difesa delle parti.

⁴¹² FERRARO, *Risarcimento dei danni e aiuti di Stato alle imprese: recenti sviluppi*, in *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di Stato*, Schepisi (a cura di), Torino, Giappichelli, 2011, p. 278.

6. Le diverse azioni risarcitorie.

Passando al cuore della questione, occorre subito evidenziare che in tema di aiuti la questione dell'ammissibilità delle azioni risarcitorie nei confronti degli Stati membri dinanzi ai giudici nazionali si presenta piuttosto problematica e con numerose sfaccettature.

La comunicazione del 2009 relativa all'applicazione della legislazione in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali affronta la questione delle eventuali pretese risarcitorie avanzate dai soggetti danneggiati dalla concessione di aiuti illegittimi, individuandone il fondamento nei principi emersi nella sentenza *Francovich*. In linea con tale giurisprudenza, non c'è dubbio che il soggetto prioritariamente responsabile nei confronti dei soggetti danneggiati da aiuti illegittimi sia lo Stato membro, anche se sulla base del diritto interno l'azione deve essere in ipotesi esperita contro l'autorità nazionale che abbia effettivamente erogato l'aiuto di Stato. Non può essere, infatti, ignorato che nell'ipotesi in cui detta autorità non sia in grado di risarcire il danno o provveda in misura parziale e insoddisfacente, l'unico soggetto responsabile per il diritto dell'Unione rimane pur sempre lo Stato.

Al contempo, il soggetto prioritariamente danneggiato dalla concessione di aiuti illegittimi dovrebbe risultare l'operatore concorrente dell'impresa beneficiaria delle misure statali, sebbene non sia escluso che altri soggetti possano subire un danno, in particolare dalla violazione degli obblighi di notifica e di *standstill*.

In effetti, le azioni aquiliane possono rilevarsi particolarmente efficaci per il ricorrente in quanto se accolte, contrariamente a quelle volte al mero recupero che procurano un vantaggio indiretto, gli permettono di ottenere una compensazione finanziaria diretta per la perdita subita.

Va da sé che l'eventuale risarcimento dei danni è pur sempre subordinato all'esistenza delle tre condizioni elaborate dalla giurisprudenza della Corte: che la norma giuridica dell'UE violata sia preordinata a conferire loro

diritti, che la violazione di tale norma sia sufficientemente qualificata, che esista un nesso di causalità tra violazione dell'obbligo posto a carico dello Stato membro e il danno subito⁴¹³.

Ebbene, la Comunicazione della Commissione del 2009, con specifico riferimento alla violazione degli obblighi di notifica e di *standstill* contenuti nell'art. 108, par. 3, TFUE, chiarisce che il primo requisito (norma dell'Unione preordinata a conferire diritti ai singoli) è soddisfatto in quanto la Corte di giustizia ha affermato non solo l'esistenza di diritti individuali in virtù di questa disposizione, ma ha anche chiarito che la tutela di siffatti diritti spetta ai giudici nazionali⁴¹⁴.

Pure il requisito di una violazione sufficientemente caratterizzata o qualificata del diritto dell'Unione in generale, da intendere essenzialmente come violazione grave e manifesta, è soddisfatto nell'ipotesi di inadempimento agli obblighi contenuti nell'art. 108, par. 3, TFUE. Al riguardo la Corte ha specificato che il giudice nazionale deve prendere in considerazione molteplici fattori, tra i quali una rilevanza centrale riveste quello relativo all'ampiezza del potere discrezionale di cui godono le autorità nazionali. In particolare, qualora lo stato non disponga di alcun margine di discrezionalità, la semplice violazione del diritto dell'Unione può ritenersi sufficiente per stabilire l'esistenza di una violazione grave e manifesta⁴¹⁵.

La terza condizione richiesta dalla consolidata giurisprudenza della Corte in tema di responsabilità risarcitoria degli Stati membri è costituita dall'esistenza di un nesso causale tra violazione dell'obbligo incombente allo Stato membro inadempiente e il danno subito dai soggetti lesi, la cui dimostrazione è senz'altro più agevole qualora all'inadempimento degli

⁴¹³ Tra le altre, 24 marzo 2009, causa C-445/06, *Danske slagterier*, in *Racc.*, p. I-2119, punto 20.

⁴¹⁴ Corte di giustizia, 21 ottobre 2003, cause riunite C-261/01 e C-262/01, *Van Calster e Cleeren*, in *Racc.*, p. I-12249, punto 53.

⁴¹⁵ Corte di giustizia, 25 gennaio 2007, causa C-278/05, *Carol Marilyn Robins e a. c. secretary of State for Work and Pension*, in *Racc.*, p. I-1053, punto 77.

obblighi di notifica e di *standstill* si affianchi la decisione della Commissione di incompatibilità dell'aiuto ex art. 107 TFUE⁴¹⁶. Si deve, infatti, trattare di un danno effettivo, vale a dire reale e concreto, essendo escluso che tale condizione sia soddisfatta nel caso in cui le argomentazioni del ricorrente siano assolutamente dubitative e imprecise quanto al pregiudizio subito. Al riguardo, occorre altresì rilevare che lo Stato membro può essere ritenuto responsabile solo del danno derivante in modo sufficientemente diretto all'illegittimità commessa dai suoi organi.

Sono sorti dubbi sulla possibilità per il beneficiario dell'aiuto tenuto alla restituzione di chiedere allo Stato il risarcimento dei danni.

Si è sostenuto al riguardo che nel caso in cui lo Stato fosse tenuto a risarcire, in favore dell'impresa beneficiaria, i danni derivanti dalla restituzione di un aiuto illegale, la relativa azione finirebbe per urtare contro il principio della "piena efficacia delle norme dell'Unione" che si intende tutelare⁴¹⁷. In altri termini, se per effetto delle decisioni della Commissione lo Stato italiano fosse tenuto ad esigere la ripetizione degli aiuti illegittimamente concessi, e con riferimento alla stessa fattispecie venisse chiamato dal giudice nazionale a risarcire il danno causato dall'erogazione illegittima al beneficiario di un aiuto, ne risulterebbe la vanificazione dei risultati che la Commissione intendeva conseguire con le predette decisioni. In senso contrario è stato affermato che la restituzione di quanto percepito e il risarcimento del danno sono termini tutt'altro che equivalenti perché tra l'uno e l'altro non vi è piena corrispondenza né nei presupposti tecnici e giuridici né tanto meno sul piano quantitativo⁴¹⁸.

⁴¹⁶ Cfr. BORDE – KIRCH, *La restitution des aides d'Etat*, in *Rev. Trim. Dr. Eur.*, 1993, p. 477.

⁴¹⁷ MOAVERO MILANESI, *Partecipazioni dello Stato nelle imprese pubbliche e disciplina comunitaria degli aiuti di Stato*, in *Riv. dir. eur.*, 1990, p. 564; Luchena, *Diritti degli operatori economici e aiuti di Stato alle imprese*, in *Riv. Giur. Mezz.*, 2004, p. 1035.

⁴¹⁸ STROZZI, *Diritto dell'Unione Europea*, Parte Speciale, Torino, Giappichelli, 2005, p. 420.

Estremamente eloquente è, al riguardo, una sentenza della Corte di giustizia laddove evidenzia che “(...) *il risarcimento del danno che le autorità nazionali siano condannate a pagare a dei singoli per il danno loro arrecato non costituisce un aiuto ai sensi degli artt. 92 (ora art. 107 TFUE) e 93 (ora art. 108 TFUE) del Trattato CEE (...)*”⁴¹⁹; di guisa che si può ritenere che il risarcimento del danno abbia natura del tutto diversa dalla restituzione degli aiuti di Stato. L’ammissibilità di tale soluzione pone quindi che il danno non sia equiparato all’importo da restituire, al fine di evitare una concessione indiretta di aiuti di stato in contrasto con l’art. 107 TFUE.

Secondo questa ricostruzione, favorevole al risarcimento del danno, occorre altresì segnalare che il sistema di controllo e di esame degli aiuti di Stato previsto dall’art. 108, par. 3, TFUE non impone alcun obbligo specifico nei confronti del beneficiario dell’aiuto, in quanto gli obblighi di notifica e di *standstill* hanno come unico destinatario lo Stato membro. Ove queste riflessioni non fossero sufficienti, potrebbe aggiungersi ad *abbundantiam* il rilievo che è sempre lo Stato membro il soggetto cui è diretta la decisione con la quale la Commissione dichiara un aiuto incompatibile e invita a sopprimerlo entro un determinato termine, a meno che il diritto nazionale non preveda espressamente la responsabilità del beneficiario dell’aiuto che abbia accettato un sostegno illegittimo.

Per quanto concerne la responsabilità eventuale dell’impresa beneficiaria dell’aiuto per non aver verificato con la necessaria diligenza se quest’ultimo sia stato erogato secondo la procedura prevista dall’art. 108, par. 3, TFUE, ad integrazione di quanto già considerato, deve essere aggiunto che la Corte nella sentenza *SFEI*⁴²⁰ esprime un orientamento negativo sul rilievo che il sistema di controllo sugli aiuti di Stato istituito dalla norma dell’Unione

⁴¹⁹ Corte di giustizia, 27 novembre 1988, *Asteris EA e a.*, cause riunite 106-120/87, in *Racc.*, p. 5515, punto 23.

⁴²⁰ Corte di giustizia, cit.

riguarda specificamente lo Stato membro e non impone alcun obbligo a carico dei beneficiari dell'aiuto. Da ciò la Corte desume che il diritto dell'Unione non offre elementi giuridici validi per ritenere sussistente una possibile responsabilità del soggetto beneficiario per non aver verificato se l'aiuto ricevuto fosse stato preventivamente notificato alla Commissione.

La predetta opinione non è condivisa da parte qualificata della dottrina in quanto ritenuta formalistica e tale da trascurare del tutto gli effetti diretti della normativa dell'Unione anche nei confronti dei singoli, atteso che la stessa "impone alle imprese beneficiarie dell'aiuto un obbligo di diligenza almeno per ciò che riguarda il rispetto della procedura istituita dal Trattato"⁴²¹.

In altre parole, l'orientamento negativo comporta alcune frizioni rispetto alle pronunce che impongono al beneficiario un obbligo di diligenza. Tuttavia, con specifico riferimento a quest'ultimo profilo, occorre segnalare che la giurisprudenza ha chiarito che, anche se in base al diritto dell'Unione il beneficiario non è tenuto a risarcire i danni ai concorrenti per aver accettato l'aiuto, non è escluso che una responsabilità del beneficiario possa discendere dalla normativa nazionale in materia di responsabilità. Se alla luce di tale normativa, l'operatore accetta un sostegno illegittimo può, in talune circostanze, essere considerato civilmente responsabile, il principio di equivalenza o non discriminazione può indurre il giudice nazionale ad affermare la responsabilità per fatto illecito del beneficiario di un aiuto di Stato corrisposto in violazione dell'art. 108, par. 3, TFUE. Le difficoltà che si incontrano a voler riconoscere questa forma di risarcimento sono evidentemente ben presenti alla giurisprudenza dell'Unione che, al fine di evitare gli ostacoli, ha rimesso al diritto nazionale la soluzione della questione.

⁴²¹ SAGGIO, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Danno e responsabilità*, 2001, p. 240.

7. I danni risarcibili.

Chiarite le questioni concernenti l'individuazione dei legittimati attivi e passivi di un'azione risarcitoria in materia di aiuti di Stato e le eventuali violazioni che possono far sorgere il diritto a promuovere tale azione, è necessario ora esaminare il profilo dei danni risarcibili.

Il risarcimento dei danni non può essere puramente simbolico né essere limitato a priori in relazione alla determinazione del suo importo, ma deve corrispondere al danno effettivamente subito, in modo che venga ripristinata, almeno nel suo contenuto patrimoniale, la situazione che si sarebbe avuta in assenza di violazione⁴²². Nel caso di azione promossa dal concorrente quindi il risarcimento del danno ha la funzione di reintegrare il patrimonio del soggetto leso nella stessa situazione in cui si sarebbe trovato se non fossero intervenute misure statali in violazione dell'art. 108, par. 3, TFUE ovvero se fosse stata data corretta attuazione all'obbligo di recupero. In questa prospettiva, la decisione di condanna deve riconoscere l'integrale pregiudizio subito, comprendente il danno emergente, il lucro cessante e gli interessi, secondo le regole proprie di ciascun ordinamento nazionale.

L'ultima Comunicazione della Commissione si sofferma approfonditamente sul lucro cessante, inteso tradizionalmente come mancato guadagno causato dall'illecito, fornendo al giudice nazionale alcune linee direttrici da eseguire.

In primo luogo la Commissione ribadisce il principio consolidato secondo cui, in virtù dei principi di equivalenza e di effettività del diritto dell'Unione, le norme nazionali non possono escludere la responsabilità di uno Stato membro per il lucro cessante⁴²³. Ciò in quanto il danno derivante dalla violazione del diritto dell'Unione può sussistere a prescindere dal fatto che la violazione abbia causato al ricorrente una perdita patrimoniale

⁴²² BESTAGNO, *Il risarcimento danni in materia di aiuti di Stato*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Pace (a cura di), Jovene, 2013, p. 657.

⁴²³ Corte di giustizia, 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pecheur et Factortame*, in *Racc.*, p. I-1029, punto 87.

oppure gli abbia impedito di migliorare la sua situazione. Ne consegue che qualora la legislazione di uno Stato membro preveda siffatta esclusione, il giudice interno è tenuto a disapplicare la disposizione nazionale relativamente al risarcimento dei danni ex art. 108, par. 3, TFUE.

In secondo luogo, la Comunicazione evidenzia che la determinazione dell'importo effettivo del lucro cessante risulta più agevole se l'aiuto illegittimo ha permesso al beneficiario di aggiudicarsi un contratto una specifica opportunità commerciale rispetto al ricorrente, in quanto il giudice nazionale può in tal caso calcolare il reddito che il ricorrente verosimilmente avrebbe tratto da tale contratto. Nel caso in cui il contratto sia già stato adempiuto da parte del beneficiario, il giudice nazionale dovrebbe anche tener conto dell'utile effettivo realizzato.

In terzo luogo, la Commissione riconosce che le valutazioni sul danno risultano più complesse quando l'aiuto abbia puramente causato una perdita consistente della quota di mercato. Nella nuova Comunicazione si individua una soluzione idonea a risolvere questi casi complessi, che consiste essenzialmente nel confrontare il reddito effettivo del ricorrente con il reddito ipotetico che l'impresa avrebbe realizzato se l'aiuto illegittimo fosse stato concesso. Si tratta a ben vedere di una ricostruzione *ex post* dei profitti perduti a causa dell'erogazione dell'aiuto illegittimo, di guisa che il quantum viene calcolato sulla base di modelli econometrici che tengano conto della possibile evoluzione futura dei guadagni del soggetto danneggiato in assenza dell'illecito⁴²⁴.

In quarto luogo, viene richiamata l'attenzione sul fatto che possono sussistere circostanze in cui il danno subito dal ricorrente ecceda il lucro cessante, come, ad esempio, nel caso in cui l'erogazione dell'aiuto illegittimo costringa il ricorrente ad abbandonare la sua attività per insolvenza.

⁴²⁴ Cfr. BUCCIROSSI, *Il ruolo dell'analisi economica per il calcolo dell'aiuto da recuperare*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Jovene, 2013.

A queste considerazioni specifiche sul lucro cessante, se ne affiancano altre di carattere generale.

In particolare, muovendo dal presupposto che il calcolo del *quantum* può risultare eccessivamente difficile o addirittura impossibile, se viene applicato rigorosamente il criterio del calcolo dell'importo esatto del danno subito, la Commissione suggerisce l'utilizzo di stime ragionevoli in relazione a domande di risarcimento danni ex art. 108, par. 3, TFUE, a condizione che siano previste nel diritto nazionale e sempreché sia rispettato il principio di effettività. In tal modo, si fornisce uno strumento utile ai giudici nazionali, che spesso incontrano difficoltà nel calcolo dei danni, non essendo in grado di effettuare delle valutazioni economiche piuttosto sofisticate e specialistiche⁴²⁵.

D'altra parte, le questioni sollevate ed affrontate nell'ultima Comunicazione della Commissione non esauriscono le problematiche che possono insorgere nella proposizione di azioni risarcitorie se solo si considerano gli ulteriori ostacoli che possono sussistere in relazione ai termini di prescrizione, alle prove del danno e all'esperibilità di azioni collettive⁴²⁶. Le differenze che sussistono tra le normative degli Stati membri non impediscono la possibilità di rintracciare delle regole tendenzialmente comuni ispirate dai principi di equivalenza e di effettività⁴²⁷, così come elaborati dalla Corte di giustizia.

⁴²⁵ FERRARO, *Risarcimento danni e aiuti di Stato alle imprese: recenti sviluppi*, cit., p. 292.

⁴²⁶ E' stata, ad esempio, sollevata una questione di legittimità costituzionale in merito all'esistenza di un limite temporale al potere dello Stato italiano di esperire un'azione di recupero nei confronti dei beneficiari degli aiuti. Sebbene tale questione sia stata dichiarata inammissibile dalla Corte costituzionale (cfr. Corte cost., 22 aprile 2009, n. 125, in *G.U.*, del 6 maggio 2009), non avendo il giudice remittente individuato correttamente la disposizione da sottoporre allo scrutinio di legittimità costituzionale, potrebbero porsi altri problemi sulla natura del termine di prescrizione in relazione alle azioni risarcitorie promosse dai soggetti danneggiati da illegittimi aiuti di Stato.

⁴²⁷ DANIELE, *Forme e conseguenze dell'impatto del diritto comunitario sul diritto processuale interno*, in *Dir. Un. eur.*, 2001, p. 61; JACCHIA – FRIGO, *Responsabilità extracontrattuale degli Stati membri, effettività e rimedi giurisdizionali nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, p. 643;

In conclusione, non appare ragionevole ipotizzare che lo Stato possa risultare obbligato a risarcire il soggetto leso in misura e secondo condizioni procedurali sensibilmente differenti, a seconda dell'organo che abbia commesso la violazione del diritto dell'Unione e, quindi, del diverso fondamento dell'azione risarcitoria (extracontrattuale o contrattuale). Resta, infatti, da chiedersi se lo snaturamento del principio di indifferenza dell'organo che abbia commesso la violazione costituisca un prezzo troppo caro da pagare per garantire l'autonomia procedurale dello Stato italiano in materia di danni. Ad ogni modo, tale autonomia potrebbe risultare in contrasto con i principi di equivalenza e di effettività nella misura in cui si traduca in una situazione discriminatoria o tale da rendere eccessivamente difficile la tutela dei diritti dei singoli. In particolare, la stessa incertezza sulle condizioni procedurali da rispettare per l'eseribilità dell'azione risarcitoria può costituire di per sé una violazione del principio di effettività.

CARBONE, *principio di effettività e diritto comunitario*, Napoli, Editoriale scientifica, 2009.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- ADINOLFI – DANIELE – NASCIMBENE – AMADEO (a cura di), *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza (Commentario al Regolamento CE n. 1/2003)*, Milano, Giuffrè, 2005.
- ADINOLFI, *Gli strumenti di cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione*, in *La modernizzazione della disciplina sugli aiuti di Stato*, Schepisi (a cura di), Giappichelli, Torino, 2011.
- ALPA, *La responsabilità dello Stato per “atti giudiziari”*. A proposito del caso *Kobler c. Repubblica d'Austria*, in *Nuova giur. comm. civ. comm.*, 2005.
- AMADEO, *L'obbligo di notifica e le conseguenze della mancata notifica dei nuovi aiuti alla luce del regolamento n. 659/99 e della giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Aiuti pubblici alle imprese e competenze regionali*, Milano, Giuffrè, 2003.
- ANAGNOSTARAS, *The principle of State Liability for judicial Breaches: the impact of European Community Law*, in *Eur. Pub. Law.*, 2001.
- ANGELI, *The European Commission's “New policy” on State Aid Control: Some Reflections on Public and Private Enforcement of Recovery of Illegal Aid*, in *ECLRev.*, 2009.
- ANTONINI, *Il caso Alitalia: salvataggio o fallimento?*, in *Diritto dei trasporti*, 2009.
- ANTONIOLI, *Comunicazioni della Commissione europea e atti amministrativi nazionali*, Milano, Giuffrè, 2000.
- BACON, *European Community Law of State Aid*, Oxford, 2009.

- BALLARINO – BELLODI, *La golden share nel diritto comunitario. A proposito delle recenti sentenze della Corte comunitaria*, in *Riv. Soc.*, 2003.
- BARAV, *La plénitude des compétences du juge national en sa qualité de juge Communautaire*, in *Melanges Boulouis*, 1992.
- BELLODI – GRESPAN, *La procedura in materia di aiuti*, in Tosato – Bellodi (a cura di), *Il nuovo diritto europeo della concorrenza. Aspetti procedurali*, Milano, Giuffrè, 2004.
- BESTAGNO, *Il risarcimento danni in materia di aiuti di Stato*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Pace (a cura di), Jovene, 2013.
- BIAGIONI – GOBBATO, *Art. 27*, in Adinolfi – Daniele – Nascimbene - Amedeo, *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza*, Milano, Giuffré, 2007.
- BIAGIONI, *Le novità della Commissione in materia di miglioramento e semplificazione delle procedure di notifica e controllo sugli aiuti di stato*, in *La “modernizzazione” della disciplina sugli aiuti di Stato*, Schepisi (a cura di), Torino, Giappichelli, 2011.
- BIONDI – FARLEY, *The Right to Damages in European Law*, Amsterdam, Kluwer Law International, 2009.
- BONINI, *Caso Alitalia: ricostruzione della vicenda alla luce della disciplina comunitaria sugli aiuti di Stato e sul mercato comune*, in *Rivista it. Diritto pubblico comunitario*, 2009.
- BORDE – KIRCH, *La restitution des aides d'Etat*, in *Rev. Trim. Dr. Eur.*, 1993.

- BOURGEOIS, *State aid, Taxation Measures and Specificity*, in *Liber amicorum M. Waelbroek*, Bruxelles, 1999.
- BRANCASI, *La tutela della concorrenza mediante il divieto di aiuti di Stato*, *Diritto pubblico*, 2010.
- BROUSSY – DONNAT – LAMBERT, *Chronique de jurisprudence communautaire. Aides d'Etat*, in *Act. Jur. – Dr. Admin.*, 2008.
- BUCCIROSSI, *Il ruolo dell'analisi economica per il calcolo dell'aiuto da recuperare*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Jovene, 2013.
- CARBONE, *principio di effettività e diritto comunitario*, Napoli, Editoriale scientifica, 2009.
- CARENO GUALDE, *Ayudas públicas concedidas por los entes territoriales: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas*, in *Rev. Inst. Europeas*, 2000.
- CERULLI IRELLI, *Diritto europeo e diritto interno nel sistema di tutela giurisdizionale delle controversie di diritto pubblico*, Relazione presentata in occasione del Corso di Alta Formazione in Diritto Comunitario, Roma, La Sapienza, 2010.
- CHEYNEL, *Affaire CELF: orthodoxie de l'Avocat général contre hérésie de la Commission, à la Cour de trancher*, in *Rev. Lamy Conc.*, 2007.
- CIAMPOLILLO, *Incompatibilità e recupero degli aiuti*, in *Aiuti di Stato in Materia Fiscale*, Salvino (a cura di), Cedam, Padova, 2007.
- CONTARINO, *Cooperative e società di capitali: la decisione della Corte UE*, in *Cooperative e Consorzi*, 10/2011.

- CORRADI, *Libera circolazione dei capitali ed art. 2449 c.c.: il principio di proporzionalità tra partecipazione e “potere di controllo”*, in *Giurisprudenza commerciale*, II, 2008.
- CORSO, *La tutela della concorrenza come limite della potestà legislativa delle regioni e dello Stato*, in *Diritto Pubblico*, 3/2002.
- CUSA, *Aiuti di Stato, polimorfismo imprenditoriale e principi costituzionali*, IV Convegno Annuale dell’Associazione Italiana dei Professori di Diritto Commerciale, Roma Tre, 22-23 febbraio 2013.
- DANIELE – AMADEO - SCHEPISI (a cura di), *Aiuti pubblici alle imprese*, Milano, Giuffrè, 2003.
- DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo, cittadinanza, libertà di circolazione, aiuti di Stato*, Giuffrè, Milano, 2012.
- DANIELE, *Forme e conseguenze dell’impatto del diritto comunitario sul diritto processuale interno*, in *Dir. Un. eur.*, 2001.
- DANIELE, *La nuova Comunicazione della Commissione europea*, in “*La modernizzazione*” della disciplina sugli aiuti di Stato, Schepisi (a cura di), Giappichelli, Torino, 2011.
- DASSESE, *Application du droit communautaire de la concurrence aux activités bancaires: l’arret Zuncnher et ses suites*, in *Cah. Dr. Eur.*, 1982.
- DEMURO, *L’incompatibilità con il diritto comunitario della nomina diretta ex art. 2449 c.c.*, in *Giurisprudenza commerciale*, II, 2007.
- DENOZZA, *Forme di mercato e tutela della concorrenza*, in *La concorrenza tra economia e diritto*, a cura di Lipari – Musso, Laterza, 2000

- DEWATRIPONT, *The Economics of the State Aid Action Plan*: presentazione al convegno *EC State aid control: The case for reform*, Bruxelles, 14 giugno 2005.
- DIVERIO, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche, dalla crisi di settore alla crisi di sistema*, Milano, Giuffrè, 2010.
- DONATIVI, *Concorrenza e mercato nel prisma dell'ordinamento giuridico. Appunti per una ricostruzione storica*, in *Rivista di diritto industriale*, 1992.
- EASTERBROOK – FISCHER, *L'economia delle società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1996.
- EBNER - GAMBARO, *La nozione di Aiuto di Stato*, in *Concorrenza e Aiuti di Stato-un osservatorio sulla prassi comunitaria*, a cura di Santa Maria, Giappichelli, Torino, 2006.
- FATTORI - TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Bologna, 2010.
- FERRARO, *La responsabilità risarcitoria degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 2008.
- FERRARO, *Risarcimento dei danni e aiuti di Stato alle imprese: recenti sviluppi*, in *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di Stato*, Schepisi (a cura di), Torino, Giappichelli, 2011.
- FILIPPI, *Amministrazione straordinaria Alitalia: la deroga al divieto di concentrazione e l'utilità sociale del salvataggio*, in *Il fallimento*, 2011.
- FLYNN, *The Role of National Courts*, in Biondi – Eeckhout – Flynn, *The law of State aid in the European Union*, Oxford, 2004.
- FONDERICO, *Gli Usa al salvataggio delle banche nella grande crisi del '29*, in *Mercato concorrenza Regole*, 3/2011.

- FRIEDERISZIK – ROLLER - VEROUDEN, *A study of Market Definition in Practice in State aid Cases in the E.U.*, 14 dicembre 1998.
- GAMBARO – PAPI ROSSI, *Il recupero degli aiuti illegali ed incompatibili*, in Santa Maria, *Concorrenza e aiuti di Stato*, Giappichelli, Torino, 2006.
- GHIDINI, *La prospettiva costituzionale della tutela della concorrenza*, in *Giur. Comm.*, 2012.
- GIANGASPERO, *La riforma del titolo V, parte II, Cost. e la possibile incidenza sulla ripartizione di competenze tra Stato-Regioni con particolare riferimento al procedimento di notifica*, in *Aiuti pubblici alle imprese e competenze regionali*, Daniele – Amadeo – Schepisi (a cura di), Giuffrè, Milano, 2003.
- GIEVE, *Economic prospects and the policy challenge*, 16.01.2009, Bank of England.
- GIGLIO, *Gli aiuti di Stato alle banche nel contesto della crisi finanziaria*, in *Mercato Concorrenza e Regole*, 1/2009.
- HAWK, *System Failure: Vertical Restraints and EU Competition Law*, in *Common Market Law Review*, 1985.
- HEIDENHAIN, *General Principles*, in *European State Aid Law*, Munchen, 2010.
- HILDEBRAND – SCHWEINSBERG, *Refined Economic Approach in European State Aid Control – Will it gain momentum?*, in *World Competition*, 2007.
- HOUSE OF COMMONS - TREASURY COMMITTEE, *The run of the rock*, vol. I: *Fifth report of session 2007/2008, together with formal minutes*, 24 January 2008.

- INGROSSO, *Agevolazioni tributarie per il gioco del mediterraneo ed aiuti di Stato: il caso Almeria 2005*, in *Rass. trib.*, 2004.
- IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, Laterza, 1998.
- JACCHIA – FRIGO, *Responsabilità extracontrattuale degli Stati membri, effettività e rimedi giurisdizionali nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008.
- JAEGER, *The CELF-Judgment: APrecarious Conception of the Standstill Obligation*, in *Eur. State Aid Law Quarterly*, 2008.
- JAMBRENGHI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario vivente*, in *Riv. it. dir. pubbl. comm.*, n.6, 1998.
- KEPPELNE, *Guide des aides d'Etat en droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1999.
- KILBEY, *Financial Penalties under Article 228 EC: Excessive complexity?*, in *CMLRev.*, 2007.
- LANDI, *La normativa di secondo grado in materia di aiuti di Stato*, in *Dizionario Sistematico del Diritto della Concorrenza*, Pace (a cura di), Jovene, Napoli, 2013.
- LANDI, *le deroghe al principio generale di incompatibilità ex art. 87, 2 e 3, CE*, in Santa Maria (a cura di), *Concorrenza e aiuti di Stato*, Torino, Giappichelli, 2006.
- LANG, *State Aid and Taxation: Recent Trends in the Case Law of ECJ*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2/2012.
- LANGELFELD - ALEXANDER, *State Aid and Supply-Side Geographic Market Definition*, in *Estal:European State Aid Law*, Lexxion, vol. 12, n. 2, 2013.

- LAPRÉVOTE, *Selected Issue raised by the Bank Restructuring Plans Under EU State Aid Rules*, in *EStAL*, Vol. 11, 1/2012.
- LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Rivista critica di diritto privato*, 2011.
- LIBERTINI, voce “*Concorrenza*”, in *Enc. Dir. Annali III*, Milano, 2011.
- LUCHENA, *Diritti degli operatori economici e aiuti di Stato alle imprese*, in *Riv. Giur. Mezz.*, 2004.
- LUJA, *Does the modernisation of State Aid Control Put Legal Certainty and Simplicity at Risk*, in *European State Aid Law Quarterly*, 4/2012.
- LUNGHINI – MORI, *Per una politica economica della concorrenza*, in *La concorrenza tra economia e diritto*, a cura di N. Lipari – I. Musso, Bari, Laterza, 2000.
- MARKOVICOVA, in Mogeles, Erlbacher (a cura di), *Commentary – Single Common Market Organisation*, Chapter II, Part IV *Competition Rules*, Munchen, 2011.
- MENGOZZI, *Efficienza e concorrenza degli istituti di credito alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia della CEE*, in *Dir. Com. Sc. Int.*, 1984.
- MEROLA, *Il recupero degli aiuti illegali e incompatibili e le relative controversie dinanzi ai giudici nazionali*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Pace (a cura di), Jovene, 2013.
- MOAVERO MILANESI, *Partecipazioni dello Stato nelle imprese pubbliche e disciplina comunitaria degli aiuti di Stato*, in *Riv. dir. eur.*, 1990.

- MUCCIARELLI, *Compani “Emigration” and EU Freedom of Establishment: Daily Mail Revisited*, in *EBOR*, 2008.
- NEBBIA, *Il Concetto di Aiuto di Stato*, in *Dizionario Sistematico del Diritto e della Concorrenza*, Lorenzo Pace (a cura di), Jovene, Napoli, 2013.
- NEVEN – VEROUDEM, *Towards a More Refined Economic Approach in State Aid Control*, in Mederer – Pesaresi – Van Hoof (a cura di), *EU Competition Law – Volume IV: State Aid*, Bruxelles Claeys & Casteels, 2008.
- NICOLAIDES, *Control of State aid in the European Union*, in *Word Competition*, 2008.
- NIRO, *Profili costituzionali della disciplina antitrust*, Padova, Cedam, 1994.
- NUZZO, *Alitalia e simili: occupazione, risparmio e via italiana nella gestione delle crisi d’impresa*, in *Analisi giuridica dell’economia*, 2009.
- OLIVERI – PEZZOLI, *L’antitrust e le sirene della crisi*, in *Analisi Giuridica dell’Economia*, 2009.
- OPPO, *L’iniziativa economica*, in AA. VV., *La Costituzione economica a quarant’anni dall’approvazione della Carta fondamentale*, Milano Giuffrè, 1990.
- ORLANDI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Jovene, Napoli, 1995.
- OSTI, *Alitalia: la dolorosa istoria*, in *Mercato concorrenza regole*, 2008.
- OSTI, *Di alcuni problemi degli aiuti di Stato*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2006, I, Il Mulino.

- OSTI, *Il nuovo approccio economico della Commissione*, in *La "Modernizzazione" della Disciplina sugli Aiuti di Stato*, Schepisi (a cura di), Giappichelli, Torino, 2011.
- PACE, *Iniziativa privata e governo pubblico dell'economia*, in *Scritti in onore di Egidio Tosato*, vol. II, Milano Giuffrè, 1982.
- PAPPALARDO, *Il diritto della concorrenza*, Utet, Torino, 2007.
- PIRRODDI, *Gli aiuti esistenti*, in *Concorrenza e aiuti di Stato*, Santa Maria (a cura di), Torino, Giappichelli, 2006.
- PIRRODDI, *La procedura della Commissione relativa agli aiuti di Stato illegali*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Pace (a cura di), Jovene, 2013.
- PORCHIA, *Il procedimento di controllo degli aiuti pubblici alle imprese (tra ordinamento comunitario e ordinamento interno)*, Napoli, Jovene, 2001.
- PORCHIA, *principi dell'ordinamento europeo. La cooperazione pluridirezionale*, Bologna, Zanichelli, 2008.
- PRETE, *The coming of age of infringement proceedings*, in *CMLRev.*, 2010.
- QUADRI - MONACO - TRABUCCHI, *Trattato istitutivo della comunità economica europea. Commentario*, Vol. II, Milano, 1970.
- ROBERTI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Padova, Cedam, 1997; Porchia, *Il procedimento di controllo degli aiuti pubblici alle imprese tra ordinamento comunitario e ordinamento interno*, Napoli, Jovene, 2001.

- ROCCHINI, *Il private enforcement dell'art. 108, par. 3, TFUE*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Pace (a cura di), Jovene, 2013.
- ROLLER, *Using Economic Analysis to Strengthen Competition Policy Enforcement in Europe*, 21 maggio 2005.
- ROSSI DAL POZZO – NASCIMBENE (a cura di), *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, Giuffrè, 2009.
- ROSSI, *Gli aiuti concessi dagli Stati*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, Disciplina della Concorrenza nell'UE*, A. Frignani – S. Bariatti (a cura di), Padova, Cedam, 2012.
- RUBINI, *The Definition of Subsidy and State Aid, WTO and EC Law in Comparative Prospective*, Oxford, 2011.
- RUBINI, *The Definition of Subsidy and State State Aid: WTO and EC Law in Comparative Perspective*, Oxford, London, 2009;
- RUSSO, *Commissione europea, aiuti di Stato alle banche e diritto societario: una difficile convivenza*, in *Banca Impresa Società*, 1/2009.
- RUSSO, *Le agevolazioni e le esenzioni fiscali alla luce dei principi comunitari in materia di aiuti di Stato e poteri del giudice nazionale*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. comun.*, 2004.
- RZOTKIEWICZ, *The General Principles of EU Law and Their Role in the Review of State Aid Put into Effect by Member States*, in *Estal: European State Aid Law*, Lexxion, vol. 12, n.3, 2013.
- SAGGIO, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Danno e responsabilità*, 2001.
- SANCHEZ RYDELSKI, *The Ec State Aid Regime: Distorsive Effects of State Aid on Trade Competition & Trade*, Cameron, May, 2006.

- SANTONASTASIO, *La saga della “golden share” tra libertà di movimento di capitali e libertà di stabilimento*, in *Giur. Comm.*, 2007.
- SARTI, *L’analisi della corte di giustizia CE sul regime fiscale delle cooperative di produzione e lavoro*, in *Giur. Comm.*, 2012.
- SCHEPISI, *Il giudizio nazionale e le misure provvisorie*, in *La Modernizzazione della disciplina sugli Aiuti di Stato*, Giappichelli, Torino, 2011.
- SCHEPISI, *L’esecuzione effettiva delle decisioni sugli aiuti illegali ed incompatibili*, in *La “modernizzazione” della disciplina sugli aiuti di Stato*, Schepisi (a cura di), Giappichelli, Torino, 2011.
- SCHEPISI, *La “modernizzazione” della disciplina sugli Aiuti di Stato secondo l’Action Plan della Commissione europea: un primo bilancio*, in *La “modernizzazione della disciplina sugli aiuti di Stato*, Schepisi (a cura di), Torino, Giappichelli, 2011.
- SCHEPISI, *Le decisioni della Commissione che concludono il procedimento di controllo: contenuti ed effetti giuridici*, in *Aiuti pubblici alle imprese e competenze regionali*, Milano, Giuffré, 2003.
- SCHON, *State aid in the area of taxation*, in Hancher, Ottervanger, & P. J. Slot (Eds.), *EU State Aid*, London: Sweet & Maxwell, 2012.
- SIMON, *La responsabilité des Etats membres en cas de violations du droit communautaire par une juridiction supreme*, in *Juris Classeur, Europe*, 2003.
- SINNAEVE, *State Aids Procedures: Developments since the entry into force of the Procedural Regulation*, in *CMLRev.* 2007.
- SPATTINI, *“Vere” e “False”: “golden shares” nella giurisprudenza comunitaria, la “deriva sostanzialista” della Corte di giustizia, ovvero*

il “formalismo” del principio della “natura della cosa”: il caso Volkswagen, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2008.

- SPITALERI, *I rimedi azionabili contro il beneficiario di aiuti illegali compatibili*, in *La “modernizzazione” della disciplina sugli aiuti di Stato*, Schepisi (a cura di), Giappichelli, 2011.
- SPUNTARELLI, *Poteri pubblici e costituzione dell’economia nel “singolare” caso Alitalia*, in *Foro amm. Tar*, 2009.
- STECCHETTI, *Il ventennale dell’Antitrust e la Corte costituzionale*, in *Mercato concorrenza regole*, 2010.
- STECCHETTI, *Law cost: ripercussioni della legge “salva Alitalia”*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2008.
- STROZZI, *Diritto dell’Unione Europea*, Parte Speciale, Torino, Giappichelli, 2005.
- TENUTA, *Deroghe al principio di incompatibilità*, in *Aiuti di Stato in materia fiscale*, L. Salvini (a cura di), Cedam, Padova, 2007.
- TESAURO, *Diritto Comunitario*, Cedam, Padova, III edizione, 2003.
- TESAURO, *Diritto dell’Unione Europea*, Cedam, Padova, 2012.
- TESAURO, *Il controllo antitrust nel settore bancario*, in *Banca Impr. Soc.*, 2001.
- TOSATO, *L’evoluzione della disciplina sugli Aiuti di Stato*, in *La “modernizzazione” della disciplina sugli Aiuti di Stato*, a cura di Schepisi, Giappichelli, Torino, 2011
- TUFANO, *La disciplina degli aiuti di Stato: dal controllo all’enforcement*, in *La modernizzazione della disciplina sugli aiuti di Stato*, Schepisi (a cura di), Giappichelli, Torino, 2011.

- UBERTAZZI, *Banche e diritto comunitario antitrust*, in Ubertazzi, *Banche e Concorrenza. Scritti*, Milano, 2007.
- VAN BAEL & BELLIS, *Il Diritto comunitario della Concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2009.
- VECCHIETTI – LIBERATI, *La cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione*, in *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Pace (a cura di), Jovene, 2013.
- VILLANI, *In tema di efficacia diretta delle decisioni comunitarie*, in *Riv. dir. int.*, 1989.
- VITALE, *Il recupero degli aiuti di Stato illegittimamente erogati tra autorità del giudicato ed incompatibilità con il mercato comune in una recente sentenza della Corte di Giustizia*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 3-2008.
- VOSSESTEIN, *Volkswagen: the States of Affairs of Golden Shares, General Company Law and European Free Movement of Capital*, in *European company and financial law review*, 2008.
- WAGNER, *La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Arrêts “Centre d’exportation du livre français (CELF)”*, in *Rev. Dr. Un. Eur.*, 2008.
- WENNERAS, *A new dawn for Commission enforcement under Article 226 and 228 EC: general and persistent (GAP) infringements, lump sums and penalty payments*, in *CMLRev.*, 2006.
- ZUMBANSEN – SAAM, *The ECJ, Volkswagen and European Corporate Law: Reshaping the European Varieties of Capitalism*, in *German law journal*, 2007.

SENTENZE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

- Corte di giustizia, 29 giugno 1999, causa C-256/97, *DM Transport*, in *Racc.*, 1999, I-3913.
- Corte di giustizia, 23 febbraio 1961, causa 30/59, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg c. Alta Autorità della Ceca*, in *Racc.*, 1961.
- Corte di giustizia, 15 marzo 1994, causa C-387/92, *Banco Exterior de Espana SA c. Ayuntamiento de Valencia*, in *Racc.*, 1997, I-877.
- Corte di giustizia, 27 marzo 1980, causa 61/79, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Denkavit italiana*, in *Racc.*, 1980, 1205.
- Corte di giustizia, 29 aprile 1999, causa C-342/96, *Regno di Spagna c. Commissione*, in *Racc.*, 1999, I-2459.
- Corte di giustizia, 7 marzo 2002, causa C-310/99, *Repubblica italiana c. Commissione*, in *Racc.*, 2002, I-2289.
- Corte di giustizia, 22 marzo 1977, causa 78/76, *Steinike & Weinling*, in *Racc.*, 1977, 595.
- Corte di giustizia, 21 marzo 1990, causa C-142/87, *Regno del Belgio c. Commissione*, detta “*Tubemeuse*”, in *Racc.*, 1990, I-959.
- Corte di giustizia, 4 settembre 1994, cause riunite da C-278/92 a C-280/92, *Regno di Spagna c. Commissione*, in *Racc.*, 1994, I-4103.
- Corte di giustizia, del 6 maggio 2002, causa C-482/99, *Repubblica francese c. Commissione*, in *Racc.*, I-4397.
- Corte di giustizia, 24 luglio 2003, causa C-280/00, *Altmark Trans Gmbh Regierungsprasidium e Magdeburg c. Nahverkehrsgesellschaft Altmark Gmbh*, in *Racc.*, 2003, I-7747.

- Corte di Giustizia, 16 giugno 1987, causa 118/85, *Commissione c. Italia*, in *Racc.*, 1987.
- Corte di giustizia, 10 gennaio 2006, causa C-222/04, *Cassa di risparmio di Firenze*, in *Racc.*, 2000.
- Corte di giustizia, 26.06.1979, causa C177/78, *Pigs and Bacon Commission /McCarren*, in *Racc.*, 1979.
- Corte di giustizia, 17 marzo 1993, cause riunite C-72/91 e C-73/91, *Firma Sloman Neptun Schiffahrts AG c. Seebetriebsrat Bodo Ziesemer der Sloman Neptun Schiffahrts AG*, in *Racc.*, 1993, I-887.
- Corte di giustizia, 7 giugno 1988, causa 57/86, *Repubblica ellenica c. Commissione*, in *Racc.*, 1988, 2855.
- Corte di giustizia, 13 marzo 2001, nella causa C-379/98, *Preussen Elektra AG c. Schleswag AG*, in *Racc.*, 2001, I-2099.
- Corte di giustizia, 2 febbraio 1988, cause riunite 67, 68 e 70/85, *Van der Kooy BV e altri c. Commissione*, in *Racc.*, 1988, 219.
- Corte di giustizia, 30 gennaio 1985, causa 290/83, *Commissione c. Repubblica francese*, in *Racc.*, 1991, I-1433.
- Corte di giustizia, 16 maggio 2002, causa C-482/99, *Repubblica francese c. commissione detta "Stardust Marine"*, in *Racc.*, 2002, I-4397.
- Corte di giustizia, 14 marzo 1994, *Banco Exterior de Espana*, causa C-387/92, in *Racc.*, I-1303.
- Corte di giustizia, 2 febbraio 1988, *Van der Kooy*, cause riunite 67, 68 e 70/85, in *Racc.*, 219.
- Corte di giustizia, 11 luglio, 1996, *SFEI*, causa C-39/94, in *Racc.*, I-3547.

- Corte di giustizia, 22 marzo 1977, causa 78/76, *Steinike & Einling*, in *Racc.*, 1977, 596.
- Corte di giustizia, 30 novembre 1993, causa C-189/91, *Kisammer-Hack*, in *Racc.*, 1993, I-6185.
- Corte di giustizia, 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Hofner e Elser*, in *Racc.*, 1991, I-1979.
- Corte di giustizia, 18 giugno 1998, causa C-35/96, *Commissione c. Repubblica Italiana*, in *Racc.*, 1998, I-3851.
- Corte di giustizia, 16 marzo 2004, cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01, *AOK Bundesverband e altri*, in *Racc.*, 2004, I-2493.
- Corte di giustizia, 21 settembre 1999, cause riunite da C-115/97 a C-117/97, *Brentjens Handelsonderneming BV c. Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen*, in *Racc.*, 1999, I-6025.
- Corte di giustizia, 18 marzo 1997, C- 343/95, *Diego Calì e Figli srl c. Servizi ecologici porto di Genova spa*, in *Racc.*, 1997, I-1547.
- Corte di giustizia, 10 gennaio 2006, causa C-222/04, *Ministero dell'Economia e delle Finanze c. Cassa di Risparmio di Firenze S.p.A. e altri*, in *Racc.*, 2007, I-114.
- Corte di giustizia, 14 febbraio 1990, causa 301/87, *Repubblica francese c. Commissione*, in *Racc.*, 1990, I-307.
- Corte di giustizia, 11 luglio 1996, causa C-39/94, *SFEI e altri*, in *Raccolta*, 1996, I-3547.
- Corte di giustizia, 3 luglio del 2003, cause riunite C-83/01P, C-93/01P, *Chronopost SA, La Poste e Repubblica francese contro Ufex DHL*

International, Federal express international (France) e CRIE, in *Racc.*, 2003, I-6993.

- Corte di giustizia, 14 settembre 2004, causa C-276/02 *Regno di Spagna c. Commissione*, in *Racc.*, 2004, I-8091.
- Corte di giustizia, 2 febbraio 1988, cause riunite 67, 68 e 70/85 *Kwekerij Gebroeders Van der Kooy BV c. Commissione*, in *Racc.*, 1988, 00219.
- Corte di giustizia, 26 settembre 1996, causa C-241/94, *Repubblica francese c. Commissione*, in *Racc.*, 1996, I-4551.
- Corte di giustizia, 23 ottobre 2002, *Territorio Historico de Guipuzcoa e altri c. Commissione*, cause riunite T-269, T-271 e T-272/99, in *Racc.*, 2002, II-4217.
- Corte di giustizia, 8 marzo 1988, cause riunite 62 2 72/87, *Executif Regional Wallon c. Commissione*, in *Racc.*, 1988, 1573.
- Corte di giustizia, 19 ottobre 2000, cause riunite C-15/98 e C-105/99, *Repubblica italiana e Sardegna Lines S.p.A. c. Commissione*, in *Racc.*, 2000, I-8855.
- Corte di giustizia, 21 luglio 2005, causa C-71/04, *Administracion del Estado c. Xunta de Galicia*, in *Racc.*, 2005, I-7419.
- Corte di giustizia, 19 settembre 1980, *Philips Morris Holland BV c. Commissione*, causa 730/79, in *Racc.*, 1980, 2671.
- Corte di giustizia, 13 luglio 1988, causa 102/87, in *Racc.*, 1988, 4067.
- Corte di giustizia, 21 luglio 2005, *Administracion Del Estado e Xunta de Galicia*, causa C-71/04, in *Racc.*, 2005, I-7419.

- Corte di giustizia, 13 marzo 1985, *Regno dei Paesi Bassi e Leuwarder Papierwarenfabrik b.v. c. Commissione*, cause riunite 296 e 318/82, in *Racc.*, 1986, 809.
- Corte di giustizia, 28 febbraio 1991, *Stergios Delimitis c. Henninger Brau AG*, causa C-234/89, in *Racc.*, I-935.
- Corte di giustizia, 24 ottobre 1982, C-249/81, *Commissione c. Irlanda*, in *Racc.*, 4095.
- Corte di giustizia, 26 settembre 1996, *Francia c. Commissione*, C-241/94, in *Racc.*, I-4551.
- Corte di Giustizia, 30 aprile 2009, causa C-494/2006 P, *Commissione c. Repubblica Italiana e Wam*, in *Racc.*, I-3639.
- Corte di Giustizia, 15 febbraio 2001, causa C-99/98, *Austria c. Commissione (Siemens)*, in *Racc.*, I-1101.
- Corte di Giustizia, 17 settembre 2009, causa C-519/07 P, *Commissione c. Koninklijke Friesland Campina NV*, in *Racc.*, I 8495.
- Corte di Giustizia, 2 aprile 1998, causa C-367/95 P, *Commissione c. Sytraval*, in *Racc.*, I-1719.
- Corte di giustizia, 4 aprile 1995, causa C-348/93, *Commissione c. Italia*, in *Racc.*, I-673.
- Corte di giustizia, 2 luglio 1974, causa 173/73, *Commissione c. Italia*, in *Racc.*, 709.
- Corte di giustizia, 27 giugno 2000, causa C-407/97, *Portogallo c. Commissione*, in *Racc.*, I-4897.
- Corte di Giustizia, 12 febbraio 2008, causa C-199/06, *Centre d'exportation du libre francais (CELF)*, in *Racc.*, I-469.

- Corte di giustizia, 11 luglio 1984, causa 130/83, *Commissione c. Italia*, in *Racc.*, 2849.
- Corte di giustizia, 27 giugno 2000, causa C-404/97, *Portogallo c. Commissione*, in *Racc.*, 800.
- Corte di giustizia, 29 gennaio 1998, causa C-280/95, *Commissione c. Italia*, in *Racc.*, I-259.
- Corte di giustizia, 7 luglio 2009, causa C-369/2007, *Commissione c. Grecia*, in *Racc.*, I-5703.
- Corte di giustizia, 14 luglio 1981, causa 172/80, *Zuechner c. Bayerische Vereinsbank*, in *Racc.*, 1981, 2021.
- Corte di giustizia, settembre 1988, causa 267/86, *Van Eycke c. ASPA*, in *Racc.*, 1988, 4769.
- Corte di giustizia, 21 gennaio 1999, cause riunite C-215/96 e C-216/96, *Bagnasco e a. c. Banca Popolare di Novara e Cassa di Risparmio di Genova e Imperia*, in *Racc.*, 1999, I-135.
- Corte di giustizia, *Ecotrade c. Altiforni e Ferriere di sevela*, C-200/97, 1 dicembre 1998, in *Racc.*, I, 2000.
- Corte di giustizia, *Rinaldo Piaggio c. Ifitalia*, C-295/97, 17 giugno 1999, in *Racc.*, 2000, I.
- Corte di giustizia, 12 dicembre 2006, causa C-446/04, *test Claimants in the FH Group Litigation*, in *Racc.*, 11753.
- Corte di giustizia, 6 dicembre 2007, causa C-464/04, *Federconsumatori ed altri c. Comune di Milano*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2008, II.
- Corte di giustizia, 1 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich*, in *Racc.*, I-5357.

- Corte di giustizia, 5 febbraio 1963, causa 26/62, *van Gend & Loos*, in *Racc.*, 3.
- Corte di giustizia, 8 novembre 2001, causa C-143/99, *Adria-Wien Pipeline*, in *Racc.*, I-8665.
- Corte di giustizia, 13 gennaio 2005, causa C-174/02, *Streekgewest*, in *Racc.*, I-85.
- Corte Cost., 17 novembre 2009, causa C-169/08, *Presidente del Consiglio dei ministri c. Regione Sardegna*, in *Racc.*, 10821.
- Corte di giustizia, 19 novembre 1991, cause riunite C-46/93 e C-48/90, *Francovich*, in *Racc.*, I-5357.
- Corte di giustizia, 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur e Factortame*, in *Racc.*, I-1029.
- Corte di giustizia, 19 settembre 2006, cause riunite C-392/04 e C-422/04, *i-21 Germany e Arcor*, in *Racc.*, I-8559.
- Corte di giustizia, 12 ottobre 2000, causa C-480/98, *Spagna c. Commissione*, in *Racc.*, I-8717.
- Corte di giustizia, 9 ottobre 1984, cause riunite 91/83 e 127/83, *Heineken*, in *Racc.*, 3435.
- Corte di giustizia, 12 febbraio 2008, causa C-199/06, *Centre d'exportation du livre français (CELF I)*, in *Racc.*, I-469.
- Corte di giustizia, 15 giugno 2006, cause riunite C-393/04 e C-41/05, *Air Liquide Industries Belgium*, in *Racc.*, I-5293.
- Corte di giustizia, 29 novembre 2005, causa C-368/04, 5 ottobre 2006, *Transalpine Olleitung in Österreich*, in *Racc.*, I-9957.
- Corte di giustizia, 14 febbraio 1990, causa C-301/87, *Francia c. Commissione (Boussac)*, in *Racc.*, I-307.

- Corte di giustizia, 11 marzo 1990, causa C-142/87, *Belgio c. Commissione, (Tubemeuse)*, in *Racc.*, I-959.
- Corte di giustizia, 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90, C-9/90, in *Racc.*, I-5357.
- Corte di giustizia, 26 novembre 2002, causa C-275/00, *Comunità europea c. First NV e Franex NV*, in *Racc.*, I-10943.
- Corte di giustizia, 21 ottobre 2003, cause riunite C-261/01 e C-262/01, *Van Calster e Cleeren*, in *Racc.*, I-12249.
- Corte di giustizia, 25 gennaio 2007, causa C-278/05, *Carol Marilyn Robins e a. c. secretary of State for Work and Pension*, in *Racc.*, I-1053.
- Corte di giustizia, 27 novembre 1988, *Asteris EA e a.*, cause riunite 106-120/87, in *Racc.*, 5515.
- Corte di giustizia, 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur et Factortame*, in *Racc.*, I-1029.
- Tribunale di Primo Grado, 6 marzo 2003, cause riunite T-228/99 e T-223/99, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale e Land Nordrhein-Westfalen c. Commissione*, in *Racc.*, 2003, II-435.
- Tribunale di Primo Grado, 21 ottobre 2004, causa T-36/99, *Lezing c. Commissione*, in *Racc.*, 2004, I-2456.
- Tribunale di Primo Grado, 28 febbraio 2002, causa T-155/98, *SIDE c. Commissione*, in *Racc.*, 2002, II-1179.
- Tribunale di Primo Grado, 30 aprile 1998, causa T 214/95, *Vlaams Gewest c. Commissione*, in *Racc.*, 1998, II-717.

- Tribunale di Primo Grado, 6 settembre 2006, cause riunite T-304/04 e T-316/04, *Repubblica italiana e Wam S.p.A. c. Commissione*, in *Racc.*, 2007, I-2245.
- Tribunale di Primo Grado, 6 luglio 1995, cause riunite T-447/93, T-448/93 e T-449/93, *AITEC ed altri c. Commissione*, in *Racc.*, 1994.
- Tribunale di Primo Grado, 22 febbraio 2006, causa T-34/02, *Le Levant c. Commissione*, in *Racc.*, p. II-267.
- Tribunale di Primo Grado, cause T-244/93, *TWD Deggendorf*, in *Racc.*, p. II-2265.
- Tribunale di Primo Grado, 18 settembre 1995, causa T-49/93, *SIDE c. Commissione*, in *Racc.*, II-2501.
- Tribunale di Primo Grado, 28 febbraio 2002, causa T-155/98, *SIDE c. Commissione*, in *Racc.*, II-1179.
- Tribunale di Primo Grado, 15 aprile 2008, causa T-348/04, *SIDE c. Commissione*, in *Racc.*, II-625.

SENTENZE DELLA CORTE COSTITUZIONALE

- Corte costituzionale, 16 dicembre 1982, n. 223, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1982, I.
- Corte costituzionale n. 223 del 1983, in *Foro it.*, 1983, I.
- Corte costituzionale n. 279 del 2006, in *Foro it.*, 2007, I.
- Corte costituzionale n. 152 del 2010, in *Foro it.*, 2010, I.
- Corte costituzionale n. 94 del 2009, in *Giur. Costit.*, 2009.
- Corte Costituzionale, 17 novembre 2009, causa C-169/08, *Presidente del Consiglio dei ministri c. Regione Sardegna*, in *Racc.*, 10821